ENQUÊTE SUR LA

CAPACITÉ MENTALE

RAPPORT FINAL

PRÉSIDENT,

PROFESSEUR

DAVID N. WEISSTUB

1990

ENQUÊTE SUR LA

CAPA
MEN

RAPPORT FINAL

PRÉSIDENT,

PROFESSEUR

DAVID N. WEISSTUB

1990

91-03865/

ENQUIRY ON MENTAL COMPETENCY
Enquête sur la capacité mentale
David N. Weisstub, Chairman/Président

Osgoode Hall Law School, Bureau 320 • 4700, rue Keele • Toronto (Ontario) • M3J 2R5 • (416) 736-5579

le 18 septembre, 1990

Madame Elinor Caplan
Ministère de la Santé
Bureau de la ministre
Édifice Hepburn, 10e étage
80, rue Grosvenor
Toronto (Ontario)
M7A 2C4

Madame la Ministre,

Je suis heureux de vous présenter le Rapport sur la capacité mentale. Les délibérations du Comité consultatif ont aidé à formuler les critères et les normes de la capacité. De plus, plusieurs des rapports qui avaient été soumis par des personnes ou des groupes se sont révélés très utiles.

Je tiens à vous remercier de l'occasion qui m'a été donnée d'étudier ce domaine important de la médecine légale, et j'espère vous rencontrer afin de discuter des recommandations formulées.

Je vous prie d'agréer, Madame la Ministre, l'expression de mes sentiments respectueux.

D. Weisstub.

David N. Weisstub
Professeur de droit et de psychiatrie

Professeur David N. Weisstub
Président
Osgoode Hall Law School
Université York
Toronto (Ontario)

Professeur Laurence R. Tancredi
Consultant spécial
Directeur du programme juridique sur la santé
University of Texas Medical Centre
Houston (Texas)

M. Peter Bartlett
Chercheur adjoint
Londres (Angleterre) (anciennement de Toronto)

M. Richard F.D. Corley
Coordonnateur de recherche
Cour suprême du Canada
Ottawa (Ontario)

Liste des membres du comité

M^me^ Lesley May Bell
Salvation Army Grace Hospital
Ottawa (Ontario)

M. Brian Davidson
(anciennement) Association canadienne de la santé mentale
Division de l'Ontario
Toronto (Ontario)

D^re^ Patricia Defeudis
Directrice du département de psychologie
The Credit Valley Hospital
Mississauga (Ontario)

M. Terry Dokis
Conseiller autochtone
North Bay (Ontario)

D^r^ Brian Hoffman
Chef, Direction de la psychiatrie interne
Mount Sinai Hospital
Toronto (Ontario)

M. Oscar Johvicas
Association canadienne de la santé mentale
Division de l'Ontario
Toronto (Ontario)

D^re^ Llewellyn W. Joseph
Chef psychiatre et directrice de clinique
London Psychiatric Hospital
London (Ontario)

M. Leonard Marvy
Teplitsky, Colson
Toronto (Ontario)

D^r^ Thomas McCann
Queen Elizabeth Hospital
Toronto (Ontario)

D^r^ Anthony McFarthing
Sudbury (Ontario)

M^me^ Carla McKague
Centre de ressources de défense pour les handicapés
Toronto (Ontario)

D^r^ Guyon Mersereau
Psychiatre rattaché au
Hamilton Psychiatric Hospital
Hamilton (Ontario)

M. John Morris
Borden & Elliot
Toronto (Ontario)

M^me^ Carla Peppler
Directrice des soins aux résidents
Association des maisons de soins infirmiers de l'Ontario
Markham (Ontario)

M^me^ Carolyn Shushelski
Directrice générale des services de législation
Association des hôpitaux de l'Ontario
Don Mills (Ontario)

M. Rodney Walsh
Conseiller juridique
Association pour l'intégration communautaire de l'Ontario
Toronto (Ontario)

M^me^ Andrea Ashenbrenner
Adjointe de recherche
Toronto (Ontario)

M^me^ Jeneen Oberski
Secrétaire de l'Enquête
Brampton (Ontario)

Table des matières

SOMMAIRE GÉNÉRAL 1

RECOMMANDATIONS 6
RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES 7
PROTOCOLE D'ÉVALUATION RECOMMANDÉ 11
Facteurs à considérer pendant l'évaluation de la capacité 15
CRITÈRES RECOMMANDÉS POUR LES TESTS DE CAPACITÉ . . . 18
Évaluation de la capacité des mineurs et des personnes âgées 19
RECOMMANDATIONS LÉGISLATIVES 20
SUGGESTIONS DE SUJETS D'ÉTUDE COMPLÉMENTAIRES 22

CONTEXTE DE L'ENQUÊTE 24

I. CAPACITÉ GLOBALE ET CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 28
A. NOTION DE CAPACITÉ 28
B. SENS COURANT DE LA CAPACITÉ 28
C. LIMITES DE LA NOTION DE CAPACITÉ 30
D. IMPORTANCE DE LA «CAPACITÉ» 32
E. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 34
F. LES CONCEPTS DE CAPACITÉ GLOBALE ET DE CAPACITÉ DÉCISIONNELLE - RÉSUMÉ 35

II. LES PROBLÈMES LIÉS À LA DÉTERMINATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 37
A. PROBLÈMES D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ . . 48

III. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE MARGINALE 49
A. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE ET CAPACITÉ GLOBALE 49
B. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE MARGINALE PAR TYPE DE SITUATION 49
C. CAPACITÉ DE PRENDRE UNE DÉCISION PARTICULIÈRE . . . 49
D. VARIATIONS DE LA CAPACITÉ DANS LE TEMPS 50
E. CAPACITÉ DE PRENDRE UNE DÉCISION UNIQUE, OU UNE SÉRIE DE DÉCISIONS 50
F. CAPACITÉ MARGINALE - RÉSUMÉ 51

IV. PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 52
A. DROITS INDIVIDUELS 52
B. PATERNALISME, BIENFAISANCE ET PARENS PATRIAE 55
C. INTÉRÊTS SOCIAUX 58
D. PRINCIPES SOUS-JACENTS - RÉSUMÉ 59

V. LES INTÉRÊTS DES PARTIES ET LA PART DE L'ARBITRAIRE . . 61
A. LES PARTIES 61
B. LES INTÉRÊTS DES PARTIES ET LA PART DE L'ARBITRAIRE 62
C. LES PARTIES ET LES INTÉRÊTS - RÉSUMÉ 65

VI. LA PART DE L'INCERTITUDE ET LA FONCTION DES TESTS 67
A. LES TESTS ET LA PART DE L'INCERTITUDE 67
B. LA FONCTION DES TESTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 67
1. L'évaluation objective stricte de la capacité d'une personne 67
2. La promotion de la décision conforme à «l'intérêt véritable» . . . 68
3. L'évaluation de la décision conforme à «l'intérêt véritable» 69
C. LA FONCTION DES TESTS - RÉSUMÉ 70

VII. FONDEMENTS DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 72
A. FONCTION 72
B. ÉTAT OU SITUATION 72
C. CONSÉQUENCES 73
D. OBJECTIFS DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 73
E. FONDEMENTS DE L'ÉVALUATION - RÉSUMÉ 74

VIII. ASPECTS PROCÉDURAUX 75
A. PRÉSOMPTION DE CAPACITÉ 75
B. FARDEAU DE LA PREUVE 75
C. NORME DE PREUVE 76
D. GARANTIES ET PROCESSUS D'ORDRE PROCÉDURAL 77
E. ASPECTS PROCÉDURAUX - RÉSUMÉ 78

IX. DIVERSES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES 79
A. L'ÉVALUATION DE LA PERSONNE SEULE 79
B. L'ÉVALUATION DE LA PERSONNE DANS LE CONTEXTE DÉCISIONNEL 80
C. TESTER LA PERSONNE ET LE CONTEXTE SÉPARÉMENT ... 80
D. APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES - RÉSUMÉ 81

X. QUESTIONS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 82
A. PORTÉE DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 82
1. Décisions susceptibles d'être visées par les résultats d'évaluation 82
2. Période de validité d'une évaluation 82
B. PORTÉE DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ ... 83
C. FACTEURS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 83
1. Tests de la capacité mentale fonctionnelle 83
a. Preuve de mauvaises décisions ou d'inconstance dans la prise de décisions 83
b. Diagnostic de symptômes particuliers 84
c. Changements dans les modes de comportement 85
2. L'utilisation d'échelles variables pour modifier le test 85
a. Complexité de l'information et de la décision 86
b. La nature des autres choix possibles 86
c. L'importance de la décision pour son auteur 86
d. Réversibilité des conséquences de la décision 87
e. Certitude des conséquences 87
f. Importance de la décision pour autrui 87
g. Procédures de prise de décision en qualité de substitut 88
h. L'élimination des biais 89
D. FACTEURS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ 89
E. CONTEXTES DES TESTS SUR LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 90
1. Capacité de prendre des décisions par rapport au traitement et aux essais cliniques 90
2. Capacité de prendre des décisions d'ordre financier 104
a. Contrats 107
b. Donations 109

c. Disposition testamentaire 114
d. Mariage 121
3. Capacité de choisir un décideur subrogé 125
4. Capacité de prendre des décisions concernant la divulgation de l'information 127
F. EXAMEN DES CRITÈRES EMPLOYÉS DANS LES CONTEXTES DÉCISIONNELS - RÉSUMÉ 128
G. CATÉGORIES DE DÉCIDEURS 129
1. Malades mentaux 129
2. Déficients mentaux 130
3. Malades gériatriques 131
4. Mineurs 132
5. Malades qui reçoivent des soins médicaux 133
6. Malades en phase terminale 134
7. Détenus 134
8. Sujets d'études cliniques 135
H. CATÉGORIES DE DÉCIDEURS - RÉSUMÉ 136

XI. PRISE DE DÉCISION CHEZ L'ENFANT ET L'ADOLESCENT 137
A. LA MAJORITÉ LÉGALE ET LE RÔLE DE LA FAMILLE 137
B. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE DE L'ENFANT 143
C. L'AUTONOMIE DE L'ENFANT ET LE RÔLE DE LA FAMILLE . 154
D. RÉSULTATS DES RECHERCHES SUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT 162
E. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE ET LA FAMILLE 168
F. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE CHEZ L'ENFANT ET L'ADOLESCENT - RÉSUMÉ 171

XII. LES PERSONNES ÂGÉES ET LA CAPACITÉ MENTALE 173
A. DÉMOGRAPHIE ET APERÇU JURIDIQUE 173
B. MYTHE ET RÉALITÉ DE LA CAPACITÉ CHEZ LES PERSONNES ÂGÉES 176
C. ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES ÂGÉES - RÉSUMÉ 182

XIII. L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 185
A. LIMITES DE VALIDITÉ DES ÉTUDES EMPIRIQUES SUR LA CAPACITÉ 185
1. Les erreurs méthodologiques et leur effet 187
2. Analyse de deux études comportant des erreurs de méthodologie 190

3. Questions idéologiques 197
4. Études particulières révélant des problèmes idéologiques 201
B. LIMITES DE VALIDITÉ DES ÉTUDES EMPIRIQUES - RÉSUMÉ 207
C. CRITÈRES ET INSTRUMENTS POUR TESTER LA CAPACITÉ . . 208
D. EXAMEN ET CRITIQUE DES CRITÈRES EXISTANTS 209
E. EXAMEN ET CRITIQUE DES INSTRUMENTS DE TESTS 215
1. Les diagnostics et le problème de la certitude 215
2. Technologies biomédicales 220
a. Génétique et capacité 223
b. Technologies des neurosciences et capacité 226
3. Instruments neuropsychologiques 231
a. Échelle d'évaluation de la démence de Blessed 232
b. Procédures d'évaluation de Clifford pour les personnes âgées. 233
c. Test de la capacité cognitive 235
d. Échelle de la capacité sociale 236
e. Échelle d'évaluation de la démence 238
f. Échelle de détérioration globale 239
g. Tableau de l'état mental gériatrique 240
h. Batterie de tests de Kendrick pour la détection de la démence chez les personnes âgées 241
i. Questionnaire sur l'état mental 242
j. État mini-mental 243
k. Examen du statut cognitif neurocomportemental 245
l. Test de mémoire comportementale de Rivermead 246
m. Échelle d'intelligence pour adultes de Wechsler 248
n. Échelle de mémoire de Wechsler 252
o. Échelle de mémoire de Wechsler - révisée (WMS - R) 255
F. EXAMEN DES CRITÈRES ET DES INSTRUMENTS - RÉSUMÉ . 257

XIV. ÉLÉMENTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 258
A. CONDITIONS ESSENTIELLES DE LA PRISE DE DÉCISION . . . 258
B. ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE 259
1. Cognition 259
2. Contenu de la pensée 260
3. Processus mental 261
4. Conduite 261
5. Paramètres fonctionnels spécifiques au contexte 261
C. ÉLÉMENTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE - RÉSUMÉ . . . 261

XV. PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ 262
A. TEST DU SEUIL 263
B. TEST DE DÉPISTAGE 264
C. ÉVALUATION FORMELLE 270
D. CONSEIL DE RÉVISION ET TRIBUNAUX 275
E. CAPACITÉ DE CONSENTIR À L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 276
F. LE RÔLE DU DÉFENSEUR DES DROITS DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ 277
G. FORMATION DES ÉVALUATEURS DE LA CAPACITÉ MENTALE 278
H. PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ - RÉSUMÉ 278

XVI. APPLICATION DU PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ DANS DES CONTEXTES DÉCISIONNELS 280
A. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRAITEMENT 280
B. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS D'ORDRE FINANCIER300
C. CAPACITÉ DE CHOISIR UN DÉCIDEUR SUBROGÉ 303
D. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS CONCERNANT LA DIVULGATION DE L'INFORMATION 304
E. APPLICATION DU PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ - RÉSUMÉ 307

GLOSSAIRE 308

ANNEXES 311

I. DISPOSITIONS LÉGALES PERTINENTES 312
A. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRAITEMENT 312
B. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS D'ORDRE FINANCIER 317
C. CAPACITÉ DE CHOISIR UN DÉCIDEUR SUBROGÉ 321
D. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS CONCERNANT LA DIVULGATION DE L'INFORMATION 323

II. JUSTIFICATION DE LA PRÉSENTE ENQUÊTE 328
A. La capacité et sa détermination dans le contexte juridique actuel de l'Ontario : justification de la présente enquête 328
1. La santé mentale dans une perspective historique : avant le milieu des années quatre-vingts 328
2. Capacité et santé mentale avant le milieu des années quatre-vingts 335
3. Le milieu des années quatre-vingts : la Charte des droits et libertés et la législation apparentée 338
B. Problèmes concernant la population en général 342
C. Perspectives sur la capacité et la santé mentale 351

III. ÉVOLUTION HISTORIQUE EN ANGLETERRE 364

IV. ÉVOLUTION HISTORIQUE AUX ÉTATS-UNIS 420

V. ÉVOLUTION HISTORIQUE AU CANADA 448

VI. L'APTITUDE À SUBIR SON PROCÈS : LA CAPACITÉ EN DROIT PÉNAL 485

EXPOSÉS REÇUS PAR L'ENQUÊTE 497

RÉFÉRENCES 508

SOMMAIRE GÉNÉRAL

La capacité mentale est indispensable à la prise de décisions dans la vie quotidienne. Sa présence est d'une importance particulière dans le domaine des soins de santé, où les maladies physiques aussi bien que mentales peuvent affecter l'aptitude d'un individu à prendre des décisions. L'absence de capacité est le critère permettant de retirer à une personne son pouvoir décisionnel à propos de son traitement, de ses affaires financières, de la désignation d'un représentant et de la divulgation de son dossier clinique. Cette détermination ne peut, cependant, se fonder uniquement sur des motifs «scientifiques». L'équilibre entre l'autonomie de la personne, son intérêt véritable et les intérêts de la société doit refléter le contexte socio-juridique et culturel dans lequel la détermination s'accomplit. Puisqu'il n'existe pas de règles objectives régissant cet équilibre, il est nécessaire d'élaborer un test sur la capacité décisionnelle qui reflète des valeurs importantes et saines tout en respectant les principes juridiques inhérents à notre système démocratique libéral.

Bien que cet équilibre privilégie clairement l'autonomie individuelle et exige donc que les présomptions, le fardeau de la preuve, etc. favorisent la protection des droits individuels, une preuve manifeste d'incapacité fonctionnelle aura pour effet de réfuter les présomptions et d'entraîner une intervention visant à protéger les intérêts de la personne. Tout le processus d'évaluation doit tenir compte des principes d'autonomie et d'intérêt véritable, tout en respectant les besoins sociaux en matière d'impartialité, d'équité et de simplicité administrative.

Le principe de l'autonomie individuelle exige que nous essayions de respecter les volontés des individus dans la pleine mesure de leur capacité décisionnelle. Les questions les plus difficiles à résoudre dans l'évaluation de la capacité concernent les personnes qui semblent capables de décider dans certains cas et non dans d'autres. Les personnes qui sont totalement (globalement) incapables ne posent généralement pas de problèmes d'évaluation. La présente Enquête s'est donc attaquée au problème de l'évaluation de la capacité «marginale» des personnes possédant des facultés intellectuelles qui, bien que quelque peu diminuées, sont suffisantes pour leur permettre de formuler et d'exprimer une préférence sur une question particulière. La nécessité de permettre aux personnes d'exercer le plus grand contrôle possible sur leur corps et sur leur vie fait que les tests de capacité décisionnelle doivent refléter avec précision les exigences fonctionnelles d'une décision particulière. Ceci exige en retour que ces paramètres soient clairement établis et qu'ils soient évalués de façon appropriée.

En plus des exigences fonctionnelles des décisions, il faut être réceptif à ceux qui seront touchés par l'évaluation de la capacité. À cet égard, la recherche d'un

juste équilibre entre le désir de protéger des intérêts fondamentaux et le besoin d'établir des procédures réalisables a constitué l'une des principales tâches de l'Enquête.

L'évaluation de la capacité décisionnelle peut servir plusieurs objectifs différents. La pratique actuelle utilise l'évaluation principalement dans les cas où la personne et un tiers (souvent un médecin dans le contexte médical) ne peuvent s'entendre. Des groupes de défense des droits des malades et d'autres parties intéressées ont cependant critiqué cette pratique. L'alternative consistant à adopter un ensemble de conditions plus larges pour justifier une évaluation entraînerait un plus grand nombre d'évaluations et, dans bien des cas, une utilisation implicite du processus d'évaluation comme méthode de révision de la qualité des décisions officieuses par substitution. La méthode actuelle peut se justifier par le respect du choix de la personne et l'absence de stigmatisation des personnes qui seraient classées comme incapables, quand en fait elles ont choisi de déléguer officieusement la prise de décision à un dispensateur de soins digne de confiance. Au niveau des concepts, cette méthode est conforme à l'idée que l'incertitude concernant l'incapacité est plus grande que celle qui concerne le caractère souhaitable des conséquences. Par ailleurs, le recours à l'évaluation de la capacité décisionnelle dans tous les cas douteux permet l'utilisation d'un processus officiel de décision subrogée pour vérifier le caractère correct de la décision recommandée.

Le principe à privilégier dans l'évaluation de la capacité consiste à favoriser l'autonomie individuelle. Pour cette raison, et à cause de l'incertitude associée à la détermination de la capacité, nous préférons généralement restreindre les évaluations aux personnes dont le comportement a suscité un doute important quant à leur capacité. Cependant, dans les cas où la personne pourrait être soumise à une contrainte institutionnelle, nous préconisons une évaluation plus complète de la capacité de façon à protéger les consentants incapables.

L'évaluation de la capacité doit être fondée sur la détermination des aptitudes fonctionnelles de la personne et, bien qu'il soit peut-être souhaitable de considérer des facteurs comme le statut ou les conséquences dans le processus d'évaluation, ces pratiques doivent refléter soit une méthode d'évaluation fonctionnelle améliorée soit une politique décisionnelle clairement exprimée.

Aux termes du présent rapport, le fardeau de la preuve repose sur la partie qui allègue l'incapacité, et la norme de preuve exigée est celle de la balance des probabilités. D'autres points de procédure, dont le choix de l'évaluateur, le mode

de notification à la personne, la prestation de conseils juridiques, la période maximale entre les révisions et les possibilités de recours en appel dépendent du contexte de l'évaluation.

Selon toute apparence, la meilleure méthode d'évaluation consiste à évaluer la personne dans un contexte décisionnel. Dans le futur, il sera peut-être possible de mesurer avec plus de précision les paramètres de la capacité décisionnelle de sorte que la personne et le contexte soient évalués séparément; le rapport estime qu'il est actuellement impossible de réaliser cet objectif.

Des limites quant à la portée de l'évaluation de la capacité doivent être définies à la fois par rapport à l'objet de la décision et d'un point de vue temporel. Pour que la capacité marginale soit une notion significative, il faut volontairement limiter la portée de la validité d'une détermination de la capacité au type de décision touché par cette détermination. Une révision annuelle obligatoire pour les cas chroniques et après trois mois pour les cas aigus constituent les maximums recommandés, ceci étant accompagné d'une disposition prévoyant des révisions anticipées à la demande d'un dispensateur de soins ou du décideur.

Le rapport résume les facteurs dont on doit tenir compte dans l'évaluation de la capacité de la personne. Les principaux facteurs concernent les aptitudes fonctionnelles de la personne; les autres éléments de preuve liés à la personne, dont le changement dans les pratiques décisionnelles et les diagnostics cliniques, ne doivent avoir tout au plus qu'une importance secondaire. L'utilisation de paramètres situationnels dépend largement de la nature de la décision qui justifie l'évaluation et variera d'un contexte à l'autre. En général, cependant, la capacité exigée sera proportionnelle à la complexité et à l'importance de la décision. Une importance décroissante et une incertitude croissante à propos des conséquences entraîneront une réduction des exigences et, sous un certain niveau *minimal*, devraient entraîner le respect des volontés de la personne.

Un protocole d'évaluation a été élaboré pour favoriser une évaluation efficace et efficiente de la capacité. Le protocole comprend jusqu'à quatre étapes d'évaluation : un seuil pour déterminer la nécessité d'une évaluation; un test de dépistage simple pour détecter des problèmes de capacité; une évaluation formelle qui permet un examen approfondi de tous les paramètres pertinents; et le droit d'en appeler au conseil de révision ou, à un stade ultérieur, à une cour de district.

L'évaluation formelle de la capacité devrait tenir compte des aspects

vulnérables et des particularités de la personne tout en utilisant une méthode qui soit sensible aux questions culturelles et sociales. Lorsque les déterminations sont fondées sur des recherches menées dans ce domaine, il est nécessaire d'examiner à la fois la méthodologie et l'idéologie sous-jacentes de la recherche, et plus particulièrement la portée de leur influence sur le contenu, le traitement et l'interprétation des données.

Les dispositions législatives et les décisions des tribunaux qui concernent l'évaluation de la capacité mettent en lumière plusieurs questions et tensions qui sous-tendent la spécification des critères des tests de capacité. Le conflit le plus fondamental est évidemment celui qui existe entre la promotion de l'autonomie et celle de l'intérêt véritable de la personne. Il faut signaler à cet égard l'étendue de l'intervention des tribunaux, afin de prévenir ce qu'ils considèrent comme des conséquences indésirables. Les juges semblent avoir trouvé un équilibre entre la considération du processus décisionnel et celle des conséquences probables, à la lumière de toutes les circonstances de chacune des causes, ce qui montre la tendance de la common law à favoriser une méthode fondée sur «le caractère raisonnable». Dans plusieurs décisions de common law, l'interprétation des exigences liées à la «compréhension» et à l'«appréciation» semble avoir été motivée par le contexte, et est plus stricte dans le cas de décisions pouvant soulever des questions à propos de l'abus d'influence ou de facteurs semblables qu'en l'absence de ces questions.

En conclusion, il est évident que la common law n'a pas réussi à résoudre clairement les conflits sous-jacents, particulièrement l'importance à accorder à la preuve concernant le processus par opposition à celle liée aux conséquences. Les tribunaux n'ont généralement pas été disposés à reconnaître la validité des décisions qu'ils considéraient comme clairement déraisonnables; et cela peut être interprété comme une exigence que le décideur se conforme à une vision de la réalité qui reflète les valeurs sociales. La personne «délirante» présente le dilemme le plus difficile à régler pour l'évaluateur de la capacité dans la mesure où l'incapacité présumée de la personne résulte de son refus de percevoir le monde conformément aux valeurs sociales admises ou de son impuissance à le faire. Pour cette raison, nous proposons que cette catégorie de personnes reçoive une attention spéciale et dispose de garanties de procédure, de façon à ce que l'évaluation de la capacité ne soit pas utilisée pour les inciter à se conformer aux valeurs sociales admises.

La prochaine section résume les recommandations de l'Enquête à propos de la détermination de la capacité mentale dans le domaine des soins de santé et les

domaines étroitement connexes. Ces recommandations identifient des principes généraux, proposent un protocole d'évaluation et des tests de capacité, et suggèrent des changements législatifs et des sujets possibles pour des études supplémentaires.

RECOMMANDATIONS

Les recommandations suivantes doivent être interprétées conformément aux principes et aux valeurs énoncés dans le Sommaire général et dans le présent rapport. Ces principes requièrent que l'autonomie et les droits de la personne, qui sont exposés dans la législation, dont la *Charte canadienne des droits et libertés*, soient respectés en priorité, et qu'une preuve manifeste d'incapacité fonctionnelle soit présentée avant qu'un décideur subrogé ne puisse passer outre aux volontés de la personne. Cependant, en plus de protéger l'autonomie des personnes capables, la loi doit aussi promouvoir le bien-être et les intérêts de ceux qui sont classés comme incapables.

L'évolution rapide des connaissances en matière d'instruments, de techniques et de technologies utilisés dans l'évaluation de la capacité nous empêche de faire des recommandations précises en ce domaine. Nous ne pouvons que recommander un protocole, des tests et des principes directeurs qui deront être mis en oeuvre grâce aux meilleurs instruments, outils et technologies disponibles.

Nous proposons que des études pilotes ou de démonstration soient mises sur pied pour déterminer les méthodes les plus efficaces et les plus efficientes d'application des recommandations suivantes. Il faudrait solliciter des propositions d'études qui souligneraient les deux dimensions importantes de l'exécution de ces recommandations : la sélection du personnel, la formation et les procédures, d'une part[1]; le choix des instruments d'évaluation particuliers d'autre part[2]. Ces études pilotes devraient être menées dans différents milieux, comme les hôpitaux généraux et les hôpitaux psychiatriques, les établissements pour personnes âgées et les établissements pour enfants, et les centres de santé communautaires. Pour évaluer les modèles servant à l'exécution de ces recommandations, il sera nécessaire de tenir compte du lien existant entre la capacité et les structures communautaires de soutien, de nature institutionnelle ou autre. Ces structures de soutien peuvent être utilisées pour accroître efficacement la capacité des personnes à prendre des décisions importantes et influeront donc sur la valeur de ces modèles. En outre, bien que l'efficacité et l'efficience soient des paramètres à évaluer, il est important

---

1 Parmi les éléments qui devraient être évalués, notons : la quantité de temps requise pour réaliser chaque étape; la charge de travail du personnel; l'efficacité (c'est-à-dire la facilité d'entrée dans le processus, de circulation entre les étapes, de fin du processus, etc.); le nombre d'évaluations formelles terminées; le nombre de jugements d'incapacité; et la portabilité.

2 Parmi les paramètres qui doivent être évalués, notons : la fiabilité et la validité (entre évaluateurs et au cours du temps); l'utilité; le résultat amélioré pour le malade ou le résident; le degré de jugement professionnel et d'arbitraire exercé; et la pertinence.

de reconnaître que les exigences juridiques et éthiques touchant l'autonomie et l'autodétermination de la personne doivent prévaloir et donc être respectées. Comme les exigences juridiques du consentement éclairé prescrivent déjà l'observation et le respect de ces principes, les obligations exposées ci-dessous ne sont pas vraiment différentes de celles qui sont actuellement en vigueur dans beaucoup de situations, bien que du personnel supplémentaire puisse être nécessaire dans certains établissements, comme les foyers de soins infirmiers.

RECOMMANDATIONS GÉNÉRALES

1) **Présomption de capacité** - Les personnes devraient être présumées capables de prendre une décision particulière. (Voir chapitres I, II et VIII)

2) **Norme de preuve** - La présomption voulant que la personne jouisse de la capacité de prendre une décision particulière devrait prévaloir sauf s'il existe une preuve manifeste de l'incapacité de prendre cette décision, selon la balance des probabilités. (Voir chapitres I, VI et VIII)

3) **Fardeau de la preuve** - L'obligation de démontrer l'incapacité repose sur la partie qui l'allègue. (Voir chapitre VIII)

4) **Capacité marginale** - La capacité ne doit pas être considérée comme une caractéristique globale, mais plutôt comme un facteur marginal. L'utilisation du terme «marginal» vise à souligner le fait que la capacité doit être comprise et évaluée en fonction de situations ou de types de décision particuliers. Nous recommandons l'utilisation de l'expression «capacité décisionnelle» pour désigner la capacité marginale à prendre une décision particulière; en conséquence, les déterminations de la capacité devraient être limitées à l'évaluation de la capacité décisionnelle à prendre une décision ou un type de décision particulier. (Voir chapitres I, II, III et X)

5) **Portée de la détermination - Limites dans le temps** - La capacité peut varier ou fluctuer au cours du temps. En conséquence, la validité d'une détermination d'incapacité décisionnelle devrait être limitée à la période pendant laquelle, à la suite d'une évaluation clinique, aucun changement important ne peut vraisemblablement survenir dans la capacité. À l'exception des cas chroniques et probablement irréversibles, la validité de la détermination ne devrait pas dépasser trois mois. Dans le cas des personnes dont l'incapacité est attribuable à une affection chronique, peu susceptible de changer de façon importante, la

période maximale entre les évaluations devrait être de douze mois. Cependant, dans les cas où le dispensateur de soins ou le décideur demande une révision, celle-ci devrait être accordée. Si la capacité de la personne fluctue de façon importante au cours du temps, l'évaluation devrait avoir lieu aussi près que possible du moment où la décision doit être prise. (Voir chapitres II, III et X)

6) **Base fonctionnelle de l'évaluation** - L'évaluation de la capacité décisionnelle d'une personne doit refléter les exigences fonctionnelles spécifiques de cette décision particulière. Elle ne doit donc pas être fondée uniquement sur une appréciation des capacités de la personne dans l'abstrait, de son statut ou des conséquences probables de son choix. (Voir chapitres II et X)

7) **Capacité de consentir à une évaluation** - Pour surmonter l'énigme posée par l'incertitude liée à la capacité des personnes à consentir à une évaluation de la capacité, celles-ci doivent être réputées capables de consentir à des évaluations, y compris des examens psychologiques ou médicaux, qui respectent la personne et ne l'exposent à aucun risque important. (Voir chapitre II)

8) **Évaluation d'un décideur peu coopératif** - Le refus obstiné d'une personne de coopérer à une évaluation de sa capacité exige que l'évaluation formelle soit effectuée sans sa participation. L'évaluateur devrait recueillir le plus de renseignements possibles et si les données indiquent que la personne souffre d'incapacité, alors ces renseignements devraient être acheminés au conseil de révision pour une détermination définitive. La cueillette de ces renseignements devrait se faire, si possible, avec le consentement du décideur et, de toute façon, il faut toujours veiller au respect du droit à la confidentialité du décideur. Ce dernier devrait jouir des droits de procédure habituels devant le conseil de révision, y compris la qualité pour agir et le droit à la représentation, et il devrait être lié par la conclusion. (Voir chapitres II et XIII)

9) **Capacité de constituer et de mandater un avocat** - Une personne dont la capacité est en cause devrait être présumée capable de constituer et de mandater un avocat pour agir en son nom à toutes les étapes de l'évaluation de la capacité. Cette présomption est cependant limitée aux actions prises pour déterminer la capacité[3]. L'avocat devrait cependant être obligé d'agir conformément aux principes et directives professionnels actuellement en vigueur ainsi qu'à ceux qui seront élaborés pour régir la conduite de la défense des

[3] Voir les recommandations d'études supplémentaires sur les critères de détermination de la capacité d'une personne à mandater un avocat.

droits au nom des personnes incapables ou dont la capacité est douteuse. (Voir chapitres I, V, XV et XVI)

10) **Conseil de révision général** - Un conseil de révision devrait être constitué pour entendre les différends en matière de détermination de la capacité. Cette fonction pourrait être accomplie grâce à l'extension de la juridiction des conseils de révision existants, établis en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, ou moyennant la création d'un organisme administratif distinct. Étant donné que les conseils de révision actuels ont acquis une compétence en matière de capacité, il semblerait préférable que les fonctions de ce conseil soient étendues pour inclure la résolution des litiges en matière de capacité qui concernent tous les bénéficiaires des établissements provinciaux. L'expression «conseil de révision» utilisée dans ce rapport renvoie, soit à une version étendue de l'actuel conseil de révision établi en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, soit à un nouvel organisme qui, nous le présumons, exercera des pouvoirs semblables, selon des règles de procédure semblables. (Voir chapitres II et XV)

11) **Uniformité en matière d'évaluation de la capacité** - Les lacunes des différentes lois qui régissent l'évaluation de la capacité, et les soins et la prise en charge de ceux dont la capacité est douteuse devraient être éliminées. En outre, les règles applicables aux mineurs, le pouvoir des représentants des malades, le choix des subrogés, etc. devraient être rendus uniformes dans toutes les régions desservies par le système de soins médicaux ontarien. À cet égard, nos recommandations devraient être considérées comme servant de base à des modifications dans d'autres secteurs de compétence provinciale. (Voir chapitre XVI)

12) **Formation de spécialistes pour la détection de l'incapacité** - Les spécialistes comme les avocats, les comptables et d'autres personnes qui se fient à leurs clients pour qu'ils leur donnent des directives en toute capacité (en pleine possession de leurs moyens), devraient être formés pour détecter les personnes qui pourraient être incapables, et devraient aussi être informés des répercussions d'ordre juridique d'une incapacité possible, et de l'obligation qu'ils ont de faire évaluer la personne comme il se doit pour éliminer les doutes à cet égard. Cette formation devrait être intégrée dans l'instruction de base donnée à ces spécialistes et faire l'objet de programmes de formation permanente. (Voir chapitres II et XV)

13) **Formation d'évaluateurs** - Il est nécessaire d'élaborer des aides didactiques et des programmes de formation pour les cliniciens, le personnel para-médical et

autres qui exécutent et interprètent le test de dépistage. Il faudrait élaborer des protocoles d'évaluation formelle et instituer des programmes de formation pour les cliniciens qui n'ont pas été formés à la psychiatrie, là où cela s'impose. (Voir chapitres II et XV)

14) **Procédure de remboursement de l'évaluation** - L'évaluation de la capacité mentale d'une personne devrait être reconnue comme une nécessité et, par conséquent, être remboursable par le régime de soins médicaux. (Voir chapitre II)

15) **Restrictions quant au choix du décideur subrogé** - Sauf dans le cadre d'une surveillance juridique officielle, un dispensateur de soins, un défenseur des droits ou un administrateur ne devrait en aucun autre cas être nommé «décideur subrogé». (Voir chapitres V et X)

16) **Système de nomination de décideurs subrogés** - Bien que la nomination de décideurs subrogés soit en dehors du mandat de l'Enquête (il s'agit de l'objet du *Rapport Fram*), il est impossible de dissocier totalement le jugement d'incapacité des conséquences de ce jugement. Il ne semble donc pas possible de mettre en oeuvre les recommandations du présent rapport en l'absence d'un système complet et fonctionnel de nomination et de réglementation de décideurs subrogés. (Voir chapitres VI et X)

17) **Lignes directrices sur le mandat d'avocat** - La représentation des personnes dont la capacité est douteuse et des personnes incapables, y compris la représentation sans mandat particulier, a été envisagée dans les rapports *Manson*[4] et *O'Sullivan*[5]. Nous appuyons l'élaboration de lignes directrices pour aider à clarifier les obligations des avocats et des défenseurs des droits lorsqu'ils agissent pour le compte de ces personnes et, en particulier, à régler les difficultés qui surgissent à l'heure actuelle lorsque l'avocat n'est pas sûr de la capacité, soit de son client, soit d'une autre partie avec laquelle il traite au nom de son client. (Voir chapitres I et V)

---

[4] A. Manson, Président *La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques. Évaluation des fonctions du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux* (Toronto: Ministère de la Santé, 1987).

[5] S. O'Sullivan, Président *Vous n'êtes pas seul - Examen des mesures d'intervention en Ontario : Rapport du Groupe d'examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables* (Toronto: Ministère du Procureur général, 1987).

PROTOCOLE D'ÉVALUATION RECOMMANDÉ

18) **Protocole d'évaluation recommandé** - Il faudrait utiliser une approche à quatre volets pour évaluer la capacité. Les quatre étapes sont les suivantes : le test du seuil, le test de dépistage, l'évaluation formelle et l'appel au conseil de révision et au tribunal. (Voir chapitre XV)

19) **Test du seuil** - Le test du seuil est une détermination préliminaire qui permet d'indiquer que la capacité de la personne est incertaine et, en conséquence, qu'elle devrait passer le test de dépistage. Cette détermination devrait normalement être effectuée par un professionnel en relation de confiance avec le décideur et résulter d'un doute soulevé quant à la capacité mentale de ce dernier. Par contre, dans le but de protéger l'autonomie des personnes prêtes à accepter le traitement lorsque incapables, l'admission involontaire d'une personne dans un établissement psychiatrique ou dans un établissement de soins pour malades chroniques (pendant une longue période) serait présumée satisfaire aux exigences du test du seuil et devrait entraîner l'administration du test de dépistage à cette personne. Nous remarquons que dans certaines situations le test de capacité devrait être fait avant l'admission afin de veiller à ce que la personne puisse donner un consentement valide à l'admission. (Voir chapitre XV)

20) **Test de dépistage** - Le test de dépistage serait administré par un profane ou un professionnel qualifié pour exécuter cette tâche. Le test de dépistage recommandé comprend des éléments du «Folstein Mini Mental State Exam» et des questions destinées à refléter les exigences spécifiques de la décision particulière. Le test recommandé est le suivant[6] :

Orientation

1) Savez-vous qui vous êtes? Dites-nous votre nom. (1 point)

2) Savez-vous où vous êtes? (pays, province, ville, adresse) (4 points)

3) Savez-vous en quels saison, mois et année nous sommes ? (3 points)

[6] Se reporter aux discussions à propos du test de dépistage dans le rapport même pour de plus amples informations sur les scores de réussite ou d'échec et sur les limites du test.

Enregistrement et mémoire à court terme

4) Nommez trois objets, à une seconde d'intervalle. Puis demandez à la personne de répéter le nom des trois objets. (3 points) Répétez le processus jusqu'à ce que la personne les ait appris tous les trois, jusqu'à un maximum de six fois.

Attention et calcul

5) Demandez à la personne de compter à l'envers de 7 en 7 à partir d'un nombre proche de 100; si elle en est incapable, demandez-lui à la place d'épeler le mot «monde» à l'envers. (5 points)

Rappel

6) Demandez à la personne de répéter à nouveau les noms des trois objets. (3 points)

Langage

7) Répétez ce qui suit : «Pas de si, de et ou de mais». (1 point)

8) Lisez ce qui suit et obéissez : «Fermez vos yeux». (2 points)

9) Écrivez une phrase. (1 point)

Compréhension

Le décideur doit être informé de la nature de la décision, des options disponibles, et des avantages et inconvénients qui y sont associés.

10) Quelle est la décision que l'on vous demande de prendre ? (1 point)

11) Pourquoi devez-vous prendre cette décision et quelles options avez-vous? (2 points)

12) Pouvez-vous me dire quels sont les avantages et les inconvénients de chaque option? (4 points)

L'évaluation devrait se centrer sur les aptitudes «fonctionnelles» plutôt que

«formelles» de la personne et ainsi refléter son aptitude à fonctionner malgré ses limites, plutôt que d'insister sur des limites évaluées dans l'abstrait. (Voir les instructions contenues dans le corps de ce rapport). 18 ou 19 points sur un total possible de 23 constituent, selon nous, l'exigence minimale pour les 9 premières questions et 15 ou 16 points sur un total de 23 constituent l'exigence minimale réduite pour les personnes qui n'ont pas de diplôme d'études secondaires. 4 ou 5 points sur 7 constituent, selon nous, l'exigence minimale pour les trois dernières questions, qui traitent de la compréhension de la décision. Un échec dans l'une ou l'autre partie du test de dépistage signifierait que la personne devrait être soumise à une évaluation formelle. Si une personne réussit le test de dépistage, elle doit être considérée capable et ne devrait pas subir d'évaluation formelle, à moins que la partie alléguant l'incapacité ne puisse présenter une preuve *prima facie* convaincante de l'incapacité, et ainsi justifier l'annulation des résultats du test de dépistage. (Voir chapitre XV)

21) **Évaluation formelle** - La première étape de l'évaluation formelle consiste en un test de l'importance de la répercussion. L'évaluation «répercussion importante» est faite par l'évaluateur d'après une norme objective de ce qui constitue le caractère raisonnable. Si le résultat montre que la décision n'entraîne pas de répercussion importante, l'évaluation sera interrompue et les volontés de la personne prévaudront dans les cas où elle pourra formuler un choix clair. Sinon, il faudra compléter l'évaluation.

Nous recommandons que l'évaluation formelle :

1) prenne la forme d'une nouvelle évaluation plutôt que celle d'une révision du test de dépistage;

2) entraîne la notification des droits et la nomination d'un défenseur du malade, si c'est possible, ainsi qu'une notification à la personne de son droit de contacter un avocat ou une autre personne digne de confiance;

3) implique d'informer le décideur qu'une détermination d'incapacité est sujette à révision par le conseil de révision et qu'un second test de dépistage peut également être demandé; et

4) se termine par un rapport qui serait annexé au dossier médical.

Cette évaluation serait effectuée par des psychiatres, des omnipraticiens et des

psychologues[7] qui n'auront pas fait passer le test de dépistage dans l'espèce et qui auront été formés pour exécuter cette tâche, en plus de leur formation professionnelle habituelle. Quand il procède à l'évaluation, l'évaluateur devrait insister sur les aptitudes «fonctionnelles» plutôt qu'abstraites ou «formelles» de la personne, et ainsi évaluer son aptitude à fonctionner, malgré ses limites. Bien que l'évolution des connaissances en matière d'évaluation de la capacité rende à la fois peu pratique et peu souhaitable toute tentative de déterminer de façon définitive les instruments, tests et procédures qui devraient être utilisés, nous notons que l'évaluation devrait tenir compte des éléments suivants :

antécédents médicaux pertinents;
évaluation médicale appropriée (examen physique, y compris des tests diagnostiques);
étiologie présumée;
évolution et gravité de l'état qui cause la déficience;
apparence et affect;
humeur;
comportement (les renseignements ne devraient pas seulement provenir des antécédents cliniques mais également des observations faites par des amis, des membres de la famille, etc.);
intelligence (surtout la capacité d'abstraction, le raisonnement, la perspicacité et le jugement);
mémoire (pour des événements récents et lointains);
sensorium (conscience et orientation);
contenu de la pensée (suspicion, idéation paranoïde, idées délirantes, etc.);
processus mental (volume et déroulement de la pensée, logique, cohérence, etc.);
compétence linguistique (aptitude à comprendre et le langage oral et écrit et à s'exprimer par lui);
conscience de l'état de santé et de l'état financier actuels;
apprentissage. (Voir chapitre XV)

22) **Conseil de révision et tribunaux** - Le conseil de révision et les tribunaux jouent trois rôles connexes. Premièrement, ils révisent les déterminations de la capacité qui peuvent être décidées en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Deuxièmement, ils veillent à ce que toutes les personnes jugées incapables aient droit à une «audience impartiale» pendant laquelle cette détermination puisse

[7] Dûment qualifiés (avec la formation clinique appropriée) et inscrits en vertu de la *Loi sur l'inscription des psychologues*, L.R.O. 1980, chap. 404.

être contestée. Troisièmement, dans leur rôle de juridiction d'appel, les conseils de révision et les tribunaux devraient examiner la mise en place des normes et des procédures d'évaluation professionnellement acceptées, et participer à l'interprétation des dispositions législatives applicables. (Voir chapitres II et XV)

Facteurs à considérer pendant l'évaluation de la capacité

23) **Communication** - L'aptitude de la personne à communiquer avec l'évaluateur et son désir de le faire constituent les préalables nécessaires d'une évaluation efficace de la capacité. Il faut tenter d'identifier et de corriger les difficultés de communication, notamment celles qui résultent de différences linguistiques, sociales ou culturelles entre le décideur et l'évaluateur, ainsi que les obstacles de nature psychologique, médicale ou autre. (Voir chapitres X et XIV)

24) **Qualité et présentation de l'information** - La présentation de l'information essentielle d'une façon neutre et efficace constitue une condition requise fondamentale d'une décision judicieuse et a des répercussions importantes sur la capacité décisionnelle apparente du décideur. Les recherches ont démontré l'efficacité d'une présentation soignée et répétitive de l'information, avec test et rétroaction, afin d'assurer la compréhension. Pour éviter d'influencer le décideur, l'information devrait être présentée de façon neutre, en termes de probabilités de succès ou d'échec. Le niveau de langage de l'information devrait être facilement compris par le décideur. (Voir chapitre X)

25) **Caractère volontaire** - L'impact d'influences coercitives sur la capacité apparente de la personne exige qu'un grand soin soit apporté pour s'assurer que les personnes vulnérables sont conscientes qu'elles ont le droit de choisir librement entre les options disponibles et qu'elles ne devraient pas se sentir contraintes par la recommandation d'un représentant de l'autorité. (Voir chapitre X)

26) **Dépassement des opinions préconçues et établissement d'un dossier** - L'évaluation formelle devrait être structurée de façon à réduire la subjectivité et devrait mener à l'établissement d'un dossier complet sur la performance de la personne à propos des différents paramètres. Ces exigences sont nécessaires pour surmonter les opinions préconçues de l'évaluateur, qui tendent à fausser son évaluation, et elles devraient en outre améliorer la qualité de l'évaluation et aider à réduire l'incidence de la révision. (Voir chapitre X)

27) **Diagnostics** - Tout en notant que la corrélation entre l'étendue des déficiences organiques ou d'autres déficiences médicalement mesurables et la perte de la capacité fonctionnelle n'est pas élevée, il faut prendre en considération l'existence d'un diagnostic physique objectivement corroboré qui aide à expliquer un comportement pathologique manifeste. (Voir chapitres X et XIII)

28) **Idées délirantes et garanties de procédure** - Les idées délirantes ne devraient être prises en considération que si elles affectent substantiellement l'aptitude de la personne à prendre la décision en cause. L'évaluateur peut utiliser l'idée délirante comme élément déterminant d'un jugement d'incapacité seulement si :

1) cette détermination est communiquée à un défenseur des droits des malades ou à une autre partie représentant le décideur;

2) le représentant est pleinement conscient du droit du décideur de porter en appel le jugement d'incapacité devant le conseil de révision et l'en informe; et

3) le décideur et son représentant sont tous deux informés que les diagnostics d'idées délirantes constituent le fondement d'une détermination d'incapacité. (Voir chapitres X, XIV et XV)

29) **Troubles du lobe frontal** - L'évaluateur devrait tenter d'écarter la possibilité d'un trouble du lobe frontal par un examen minutieux de l'état de santé de la personne, c'est-à-dire en cherchant des signes comme un traumatisme récent, l'alcoolisme, une encéphalite, etc. Si ces indicateurs existent, l'évaluateur devrait soigneusement évaluer l'aptitude de la personne à structurer et à comprendre des renseignements complexes, grâce à des tests psychologiques particuliers. (Voir chapitre XV)

30) **Changements dans le comportement** - Un changement important et inexpliqué dans le comportement d'une personne, qui aide à corroborer les répercussions d'une affection diagnostiquée, ou inversement l'absence de changement dans la personnalité ou dans les modèles décisionnels, malgré le diagnostic d'une affection médicale, peut être considéré lors de l'évaluation de la capacité. (Voir chapitres X et XIV)

31) **Utilisation d'échelles variables** - La complexité des renseignements dont on tiendrait normalement compte dans la prise d'une décision, la nature et la

complexité des autres choix possibles, l'importance de la décision pour le décideur, la certitude des conséquences et la manière dont la décision sera prise par un subrogé sont autant de facteurs qui influeront sur le fondement sur lequel la détermination de la capacité décisionnelle devrait être faite. Une complexité, une importance et une certitude croissantes augmentent la niveau de capacité requis. Bien que les questions soulevées par le choix d'un subrogé dépassent la portée du présent rapport, la manière dont s'opère la nomination et les garanties liées à la réglementation des subrogés sont un facteur qui peut influencer l'évaluation de la capacité d'une personne. (Voir chapitres II, VI et X)

32) **Pertinence plutôt que caractère raisonnable** - La norme de compréhension et d'appréciation qui constitue le fondement du test sur la capacité mentale recommandé ne devrait pas être interprétée comme une exigence que le décideur soit capable de fournir des motifs «rationnels» ou «reconnaissables». Dans la mesure où il est nécessaire de formuler des motifs, le test devrait requérir que l'évaluateur démontre que les motifs fournis pour la décision ne sont pas «pertinents». La pertinence est préférée au caractère raisonnable parce qu'elle peut être déterminée objectivement, alors que le caractère raisonnable ouvre la voie à la projection des valeurs et des préférences de l'évaluateur sur la décision. (Voir chapitres I et X)

33) **Caractère raisonnable - Garanties** - Si la politique suivie exige l'utilisation d'un critère de «caractère raisonnable», les conditions suivantes devraient être respectées pour fournir des garanties visant à minimiser l'abus potentiel que présente cette approche :

1) la détermination devrait être communiquée à un défenseur des droits des malades ou à une autre personne qui représente le décideur;

2) le représentant devrait être pleinement conscient du droit du décideur de porter en appel le jugement d'incapacité devant le conseil de révision, et en informer celui-ci; et

3) le décideur et son représentant devraient être informés que le caractère non raisonnable a constitué le fondement de la détermination d'incapacité.

34) **Pratiques décisionnelles changeantes** - Bien que la preuve d'un comportement socialement inacceptable ne devrait pas être considérée en soi comme un facteur majeur dans l'évaluation de la capacité, des changements inexpliqués

dans la manière dont un individu prend ses décisions peuvent refléter des changements dans la capacité décisionnelle de la personne, et devraient être pris en considération sur cette base. (Voir chapitre X)

CRITÈRES RECOMMANDÉS POUR LES TESTS DE CAPACITÉ

35) **Capacité de prendre une décision en matière de traitement** - Pour être considérée mentalement capable de prendre une décision relativement à un traitement, une personne doit avoir l'aptitude :

a) de comprendre la nature de l'affection pour laquelle le traitement est proposé;

b) de comprendre la nature du traitement suggéré; et

c) d'apprécier les conséquences liées au fait de donner ou de refuser son consentement. (Voir chapitres X et XVI)

36) **Capacité de prendre une décision d'ordre financier** - Pour être considérée mentalement capable de prendre une décision d'ordre financier, une personne doit avoir l'aptitude :

a) de comprendre la nature de la décision financière et les options dont elle dispose;

b) de comprendre sa relation avec les parties à la transaction et les bénéficiaires potentiels de la ou des transactions qui donnent lieu à la décision; et

c) d'apprécier les conséquences de sa décision. (Voir chapitres X et XVI)

37) **Capacité de choisir un décideur subrogé** - Pour être considérée mentalement capable de nommer un décideur subrogé, une personne doit avoir l'aptitude :

a) de comprendre la nature de la nomination et les responsabilités d'un décideur subrogé;

b) de comprendre sa relation avec le décideur subrogé proposé; et

c) d'apprécier les conséquences de cette nomination. (Voir chapitres X et XVI)

38) **Capacité d'examiner le dossier clinique** - Les personnes devraient être considérées capables d'examiner, mais non de copier, leurs dossiers cliniques, sauf s'il est démontré qu'un préjudice sérieux risquerait d'en résulter. (Voir chapitres X et XVI)

39) **Capacité liée à la divulgation du dossier clinique** - Pour être considérée mentalement capable de prendre des décisions concernant la divulgation de son dossier clinique, une personne doit avoir l'aptitude :

a) de comprendre la nature du dossier et le motif de la demande de divulgation;

b) de comprendre sa relation avec les parties qui auront accès au dossier; et

c) d'apprécier les conséquences de la divulgation du dossier. (Voir chapitres X et XVI)

Évaluation de la capacité des mineurs et des personnes âgées

40) **Mineurs âgés de 14 ans et plus traités comme des adultes** - Les jeunes de 14 ans et plus devraient être traités comme des adultes quant à leurs prérogatives décisionnelles et évalués comme des adultes quant à leur capacité décisionnelle. (Voir chapitre XII)

41) **Mineurs de moins de 14 ans présumés incapables** - Les jeunes de moins de 14 ans sont présumés incapables et leurs décisions peuvent être réfutées. Cependant, du fait qu'il est admis que certaines personnes de ce groupe sont en fait capables, les désirs des personnes de cette catégorie ne devraient pas (et ne peuvent pas) être contrés à moins qu'ils n'aient été formellement évalués et que leur incapacité n'ait été établie. Les trois scénarios suivants constituent une illustration du principe :

a) Dans la plupart des cas, le jeune et ses parents ou son tuteur seront d'accord sur la décision et il ne sera pas nécessaire d'évaluer la capacité du jeune.

b) Dans les cas où le jeune souhaite prendre une décision seul, sans l'intervention de ses parents ou de son tuteur, une évaluation formelle doit être faite pour déterminer s'il est capable. S'il est jugé capable, sa décision doit être respectée; s'il ne l'est pas, la décision ne peut être prise sans l'autorisation de ses parents ou de son tuteur.

c) De même, lorsque le jeune et ses parents ou son tuteur ne sont pas d'accord, une évaluation formelle doit être faite pour déterminer si le jeune est capable. S'il est jugé capable, sa décision doit être respectée; s'il ne l'est pas, le choix des parents ou du tuteur prévaudra (sous réserve des obligations légales applicables). (Voir chapitre XII)

42) **Évaluation fonctionnelle des personnes âgées** - L'autonomie fonctionnelle est un paramètre particulièrement important à considérer dans l'évaluation de la capacité des personnes âgées. Les évaluations devraient faire attention à distinguer entre les déficiences physiques et les déficiences mentales, et ne pas conclure à une incapacité mentale à partir d'une infirmité physique. (Voir chapitre XII)

43) **Évaluation cognitive des personnes âgées** - Les paramètres cognitifs, tels que déterminés par les tests existants, ne sont en général pas standardisés pour les personnes âgées et devraient donc être moins sévèrement mesurés dans l'évaluation de la capacité décisionnelle des personnes âgées. (Voir chapitre XII)

44) **Reconnaissance des préférences de vie établies** - Les préférences de vie établies sont les modes de comportement et les choix qui sont développés et exprimés par les membres de la population gériatrique au cours du temps. Les choix de vie faits conformément à ces préférences devraient être respectés en l'absence de déficiences cognitives ou fonctionnelles graves. (Voir chapitre XII)

RECOMMANDATIONS LÉGISLATIVES

1) **Présomption de capacité** - La présomption de capacité, la charge du fardeau de la preuve reposant sur la partie qui allègue l'incapacité, et l'utilisation de la balance des probabilités comme norme de preuve devraient être codifiées dans les lois pertinentes. (Voir chapitres I et VIII)

2) **Reconnaissance de la capacité marginale** - Les dispositions régissant l'évaluation de la capacité globale, comme celles prévues dans la *Loi sur l'incapacité mentale*, devraient être remplacées par des dispositions prévoyant que l'évaluation de la capacité décisionnelle constitue un paramètre qui doit être évalué sur une base situationnelle. Ces évaluations de la capacité de la personne devraient s'effectuer par rapport aux exigences fonctionnelles de la décision. (Voir chapitres I, II, III, et X)

3) **Limites de l'évaluation dans le temps** - Une détermination d'incapacité devrait être limitée dans le temps. La durée de validité maximale de ces déterminations devrait être d'un an pour les personnes qui souffrent d'une affection chronique et de trois mois pour toutes les autres. (Voir chapitres II, III, et X)

4) **Protocole d'évaluation proposé** - L'approche en quatre étapes de l'évaluation de la capacité décrite ci-dessus devrait être mise en place et reconnue dans toutes les lois pertinentes. (Voir chapitre XV)

5) **Tests de capacité proposés** - Les critères proposés, présentés ci-dessus, devraient servir de fondement légal des tests de capacité. (Voir chapitre XV)

6) **Capacité de copier le dossier** - Les règles régissant le droit d'une personne à copier son dossier clinique pourraient être rendues identiques à celles régissant la divulgation du dossier à un tiers. (Voir chapitres X et XVI)

7) **Capacité des mineurs** - Les recommandations précédentes à propos de l'évaluation de la capacité des mineurs devraient être intégrées dans les lois régissant les soins dispensés aux mineurs. (Voir chapitre XII)

8) **Extension de la juridiction du conseil de révision** - La juridiction du conseil de révision devrait être élargie pour inclure la compétence sur la détermination de la capacité de toutes les personnes, y compris les questions connexes. (Voir chapitres II et XV)

9) **Uniformité dans l'évaluation de la capacité** - Les anomalies constatées dans les dispositions de plusieurs lois, dont la *Loi sur la santé mentale*, la *Loi sur les hôpitaux publics* et la *Loi sur l'incapacité mentale*, qui régissent la détermination et le traitement des personnes dont la capacité est douteuse, devraient être éliminées. (Voir chapitre XVI)

SUGGESTIONS DE SUJETS D'ÉTUDE COMPLÉMENTAIRES

1) **Capacité et internement** - Plusieurs exposés reçus par l'Enquête concernaient la relation entre la capacité et l'internement, le mécontentement à l'égard des critères applicables à l'internement involontaire et le dilemme posé aux dispensateurs de soins et aux familles par le malade interné mais capable. Bien que la question de l'internement dépasse clairement le mandat de l'Enquête et ne fasse l'objet d'aucune discussion dans le présent rapport, les nombreuses observations reçues sur ce sujet nous incitent à recommander que cette question et son lien avec la capacité reçoivent une attention plus approfondie. (Voir chapitres I, II, X et XV)

2) **Testaments biologiques** - Les testaments biologiques constituent un prolongement logique des principes qui sous-tendent la nomination des décideurs subrogés et les procurations de longue durée. Les questions qui découlent des multiples possibilités qui existent maintenant de prolonger la vie grâce à des supports technologiques demandent à être étudiées, en particulier la valeur des testaments biologiques et les limites qui devraient être imposées à ces documents. (Voir chapitre XII)

3) **Extension de la juridiction des conseils de révision provinciaux** - Nous craignons que le recours aux tribunaux comme principal arbitre de la capacité de prendre des décisions d'ordre financier soit trop onéreux et exige trop de temps pour permettre la reconnaissance effective du concept de capacité marginale. En conséquence, nous recommandons que cette fonction soit confiée aux conseils de révision. (Voir chapitres II et XV)

4) **Critères de la capacité à mandater un avocat** - Nous recommandons l'élaboration de critères pour la détermination de la capacité d'un individu à constituer et mandater un avocat dans les questions non criminelles. À cet égard, on doit noter que notre recommandation qu'une personne soit présumée capable de constituer et mandater un avocat s'applique seulement aux procédures concernant la détermination de la capacité d'une personne. Par conséquent, des doutes quant à la capacité d'un individu à constituer et mandater un avocat pour tout autre objectif ou dans le cadre d'autres procédures devraient conduire à une détermination spécifique de la capacité. (Voir chapitres I, V et XV)

5) **Modes de prise de décision dans la détermination de la capacité** - Nous recommandons que certaines études soient effectuées à propos de l'utilisation

de manières d'agir alternatives, non accusatoires, pour l'examen des déterminations de capacité. Certains ont suggéré que l'utilisation d'un type d'approche plus inquisitorial pouvait avoir des avantages, sous la forme d'un meilleur établissement des faits et d'effets thérapeutiques positifs. (Voir chapitre II)

CONTEXTE DE L'ENQUÊTE

En réponse apparente aux problèmes soulevés par les responsables des soins médicaux, les consommateurs, et d'autres parties intéressées, la ministre de la Santé de l'Ontario a institué l'Enquête sur la capacité mentale en 1988[8]. Le professeur David N. Weisstub a été engagé pour présider l'Enquête et, plus tard en 1988, un comité consultatif a été désigné pour l'assister dans sa tâche.

Les personnes suivantes ont été nommées au comité consultatif et ont fourni leur temps et leur compétence aux travaux de l'Enquête.

M^me^ Lesley May Bell	D^r^ Thomas McCann
M. Brian Davidson	D^r^ Anthony McFarthing
D^re^ Patricia Defeudis	M^me^ Carla McKague
M. Terry Dokis	D^r^ Guyon Mersereau
D^r^ Brian Hoffman	M. John Morris
M. Oscar Johvicas	M^me^ Carla Peppler
D^re^ Llewellyn Joseph	M^me^ Carolyn Shushelski
M. Leonard Marvy	M. Rodney Walsh

Le mandat suivant a été confié à l'Enquête :

1. Examiner les questions posées par l'élaboration de critères devant servir à à déterminer la capacité mentale des personnes de prendre des décisions.

2. Consulter des groupes professionnels, du domaine juridique, et des groupes de protection du consommateur, et assurer la liaison avec d'autres intervenants pertinents, comme le Comité interministériel sur la tutelle et les mesures d'intervention.

---

[8] Voir les annexes du présent rapport pour une discussion plus détaillée sur le contexte historique et les développements qui ont mené à la constitution de l'Enquête.

3. Rédiger un rapport prévoyant des recommandations sur une série de normes ou de critères cliniques servant à déterminer la capacité mentale des personnes de prendre des décisions relatives aux soins médicaux, y compris les domaines suivants :

   - les traitements médicaux, chirurgicaux ou psychiatriques;
   - l'accès aux dossiers cliniques ou leur divulgation;
   - la nomination d'un décideur subrogé;
   - la gestion des questions financières;

4. Informer la ministre de toutes répercussions législatives, dans les cas appropriés.

5. Présenter un rapport et des recommandations à la ministre dans les neuf mois suivant le début de l'enquête.

À la suite de la nomination du comité consultatif, il a été décidé que l'Enquête tiendrait plusieurs réunions au cours desquelles des experts externes viendraient faire des exposés et discuter de questions controversées avec les membres du comité consultatif. L'Enquête a sollicité les observations des parties éventuellement intéressées par voie de courrier et d'annonces passées dans les journaux de toutes les régions de la province. Le comité consultatif a reçu des copies de la bibliographie d'articles, de livres, de causes et de lois, ainsi que des exemplaires de plusieurs rapports gouvernementaux pertinents.

À la réunion suivante, le Dr Paul Appelbaum, professeur A.F. Zeleznik de psychiatrie et directeur du programme sur le droit et la psychiatrie du centre médical de l'Université du Massachusetts, un chercheur de premier plan dans ce domaine, a présenté un rapport sur ses recherches. Des sous-comités ont été désignés pour examiner les développements historiques qui ont conduit aux définitions juridiques et médicales actuelles de la capacité et pour analyser le langage et les concepts pertinents par rapport au sujet[9]. Plusieurs décisions ont également été prises quant au choix d'experts-conseils extérieurs pour faire le point sur des questions précises et, en particulier, il a été décidé de retenir les services du Dr Laurence Tancredi, directeur du programme de droit médical et professeur Kraft Eidman au centre médical de l'Université du Texas, à Houston, pour faire un exposé sur les répercussions éventuelles des technologies médicales de pointe

[9] Les travaux de ces sous-comités ont été intégrés dans le corps et les annexes du présent rapport.

sur l'évaluation de la capacité.

À une autre réunion, le Dr Michel Silberfeld de la Baycrest Competency Clinic a examiné la recherche empirique effectuée par la clinique et discuté des conclusions et des projets de travaux pour l'avenir avec les membres du comité consultatif. L'Enquête a poursuivi le dialogue établi avec le Dr Silberfeld, et elle prévoit que les résultats des travaux de la clinique faciliteront l'application des recommandations de l'Enquête. Au cours de délibérations ultérieures, l'Enquête a visité la clinique pour examiner les développements récents et participer à de véritables évaluations de la capacité.

La sollicitation effectuée par la poste et les annonces a suscité une réponse enthousiaste de plusieurs secteurs de la collectivité. Des groupes de défense des droits des malades, des dispensateurs de soins, dont des cliniciens, des groupes voués à la recherche médicale ou engagés dans la gestion des établissements de soins médicaux, des membres des familles et d'autres personnes et groupes intéressés ont présenté des mémoires, des rapports et des commentaires sur différents sujets se rapportant à la capacité. Ces observations ont été transmises au comité consultatif et ont été discutées pendant les réunions du comité organisées à cette fin. Diverses opinions ont été exprimées dans ces documents et ont été prises en compte par l'Enquête dans les délibérations aboutissant au rapport final.

Les dimensions internationales de la capacité ont été étudiées en profondeur au XVe congrès de l'Académie internationale de droit et de santé mentale qui s'est tenu à Jérusalem du 25 au 30 juin 1989. À cette rencontre, Richard Corley, coordonnateur et administrateur de la recherche pour l'Enquête, et le Dr Brian Hoffman de notre comité consultatif ont présenté des documents de travail et participé à un groupe de discussion sur la capacité. D'autres membres du comité consultatif, dont John Morris et les Dre Guyon Mersereau, Llewellyn Joseph et Anthony McFarthing étaient également présents et ils ont participé à plusieurs séances sur la capacité, y compris deux rencontres spéciales qui ont été organisées pour discuter du sujet avec d'éminents experts internationaux. Pendant ces rencontres, plusieurs psychiatres, avocats, juges, professeurs et autres intervenants du Canada, des États-Unis, et de plusieurs pays européens ont examiné la manière dont sont déterminées les questions liées à la capacité dans leur ressort respectif et ont participé à une table ronde sur ce thème et sur des questions connexes.

En juin 1989 également, le mandat de l'Enquête a été étendu pour inclure les questions difficiles entourant la détermination de la capacité décisionnelle des enfants et des adolescents. D'autres exposés sur ce sujet ont été sollicités et une

réunion spéciale du comité consultatif a été organisée, à laquelle un groupe d'experts a été invité pour discuter de ces questions. Pendant l'été, le Dr Thomas McCann et M. Leonard Marvy ont été nommés au comité consultatif pour l'aider à étudier les questions soulevées par la détermination de la capacité décisionnelle chez les enfants. M. Oscar Johvicas a été nommé au comité consultatif à la fin de 1989 pour remplacer M. Brian Davidson, qui ne pouvait plus y siéger.

Le rapport qui suit reflète les suggestions des membres du comité consultatif, les observations reçues par l'Enquête et les recherches qui ont été effectuées par les membres de l'Enquête. L'Enquête est très redevable à Mmes Susan Bogie, Wendy Greenspoon, Melanie Steiner, Cynthia Vogel et Randi Zlotnik pour leur collaboration à la recherche.

I. CAPACITÉ GLOBALE ET CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

La capacité est une notion envahissante et multidimensionnelle qui intervient pratiquement dans tous les aspects de la prise de décision dans la société; elle est particulièrement importante dans le système de soins médicaux. La capacité mentale, ou la capacité de prendre des décisions acceptables, est un sous-ensemble du plus vaste concept, et elle constitue le sujet de cette Enquête du ministère de la Santé[10]. Pour des motifs qui seront discutés plus amplement dans la prochaine partie, le présent rapport préfère utiliser l'expression «capacité décisionnelle» plutôt que le terme «capacité».

A. NOTION DE CAPACITÉ

Nous pourrions définir de façon sommaire la capacité mentale comme la faculté de fonctionner d'une certaine manière, de traiter et de comprendre des informations et de prendre des décisions appropriées et bien circonscrites sur la base de cette compréhension. Au cours des dernières années, la tendance a été d'étudier la capacité sous l'angle des sciences biologiques et comportementales, avec pour résultat que les psychiatres et les savants spécialisés en neurologie ou en sciences comportementales ont essayé de comprendre la «capacité», de l'identifier et de la mesurer dans plusieurs situations relatives. Cependant, parce qu'il n'existe aucun fondement conceptuel clair pour définir et identifier la capacité et pour limiter les évaluations d'incapacité, la capacité est devenue un terme utilitaire, qui masque le fait que les objectifs de stabilité et d'uniformité sociales et juridiques sont souvent privilégiés. De cette façon, la capacité est devenue un concept chargé en valeur, qui sert les fins socio-utilitaires de conformité sociale et d'atteinte de la «normalité» ou d'«objectifs raisonnables».

B. SENS COURANT DE LA CAPACITÉ

Que la capacité soit un mécanisme de contrôle social, cela est inhérent au langage de conformité, de normalisation et de légitimation que nous utilisons pour décrire ce concept. Dans un contexte biomédical, la capacité est maintenant reconnue comme signifiant l'aptitude à comprendre des informations et à prendre des décisions rationnelles à partir de celles-ci. Dans le langage courant, cependant,

---

[10] D'autres aspects liés à la capacité dans les soins médicaux, plus particulièrement ceux associés à l'accréditation professionnelle, ont été récemment examinés par le Comité de révision des lois régissant les professions de la santé.

les personnes sont «capables» si on reconnaît qu'elles ont atteint un certain niveau de compétence dans un domaine particulier. Dans ce cas, la capacité signifie avoir l'aptitude d'appliquer un savoir-faire technique particulier, qui peut être mis en évidence par une formation ou certaines formes d'évaluation.

En fait, le système social inspire plusieurs définitions de la capacité. Dans certaines circonstances, la capacité est directement liée à la substance de ce qui est évalué; dans d'autres, elle est déterminée par rapport au processus de prise de décision. Dans certains cas, elle n'est qu'un autre mot pour désigner un comportement «acceptable»; dans d'autres cas encore, le terme peut servir à justifier certaines décisions judiciaires lorsque les motifs sont d'une nature socio-économique plus large. En bref, la capacité est une notion floue, sans fondement normatif absolu, qui est modelée en partie par le contexte et les conséquences de la décision.

La capacité est directement liée à l'objet de l'évaluation lorsque, par exemple, une personne passe un test et qu'à la suite de la délivrance d'un permis de conduire elle est réputée capable de conduire. Plusieurs déterminations de la capacité juridique sont de ce type et elles concernent la capacité de la personne à réaliser certains objectifs. Cette optique semble orientée téléologiquement : être capable en ce sens signifie qu'il existe un lien entre les moyens (processus mental) et les fins (choix). Cela est conforme à l'orientation récente de la philosophie occidentale, qui considère que l'orientation vers un objectif et l'intentionnalité sont des facteurs cruciaux de l'action humaine.

Cependant, cette façon de comprendre la capacité ne devrait pas être la seule. Il y a des actions humaines qui, bien qu'orientées vers un objectif, ne sont pas intentionnelles ou rationnelles au sens de la norme sociale ou juridique. Les personnes peuvent être animées par des passions et par des préférences qui sont sans fondement rationnel, comme par exemple dans le cas des croyances religieuses et des relations interpersonnelles intenses. L'évaluation de la capacité dans ces situations devrait moins porter sur la croyance que sur le processus par lequel elle est atteinte. Lorsque les préférences personnelles jouissent d'une grande latitude, on qualifiera ces processus de choix de très subjectifs. L'affectivité, l'intuition et les qualités personnelles profondes sont considérées comme déterminantes pour ces décisions.

Une autre façon de comprendre la capacité est de se situer dans le cadre de ce qui est réputé être un comportement socialement acceptable. À cet égard, la capacité est très chargée en valeur, puisqu'elle renvoie à la comparaison entre

les conséquences de la décision et ce qui est socialement acceptable plutôt qu'au lien existant entre les moyens et les fins ou au processus de prise de décision. La capacité est souvent utilisée à cet égard pour exclure, différencier et peut-être maltraiter certaines couches de la population. L'utilisation infâme de cette technique en Union Soviétique, où l'incapacité a servi à justifier l'incarcération de personnes qui désapprouvaient l'idéologie dominante, en est une excellente illustration. De la même façon, plusieurs pays ont utilisé les jugements d'«incapacité» pour justifier l'exclusion de groupes socialement marginalisés ou les mauvais traitements qui leur sont infligés.

Dans d'autres situations encore, la capacité est ouvertement ou secrètement utilisée pour justifier des décisions juridiques fondées sur des critères qui ne sont pas liés à la capacité de la personne en cause. Cette méthode est illustrée par la décision marquante de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Parham*[11], où la cour a estimé que les parents peuvent volontairement «interner» leurs enfants dans des établissements pour déficients mentaux sans avoir à subir une audience contradictoire formelle avant l'admission. La cour a essentiellement décidé que les enfants et les adolescents étaient incapables de prendre eux-mêmes des décisions concernant leur hospitalisation. Paradoxalement, de plus en plus de décisions complexes où les adolescents exercent un pouvoir décisionnel sont prises sans l'autorisation préalable des parents. Par exemple, dans plusieurs juridictions, les mineurs peuvent obtenir des traitements pour des maladies transmises sexuellement, des abus de drogue et même dans les cas d'avortement sans l'autorisation des parents et sans qu'ils soient au courant. Manifestement, dans les cas d'hospitalisation, d'autres valeurs sociales comme la primauté de la famille deviennent déterminantes. Le bourbier conceptuel, cependant, résulte du fait que le pouvoir judiciaire soutient que l'«hospitalisation» des enfants par les parents est due à l'incapacité des mineurs, au lieu de présenter franchement les objectifs sociaux qui sont mis de l'avant.

C. LIMITES DE LA NOTION DE CAPACITÉ

Le paradoxe de la «capacité» devient clair lorsque nous considérons notre inaptitude à mesurer l'individuation dans les évaluations de la capacité. À première vue, la capacité affirme le moi. La personne capable est un agent complet et rationnel, libre d'affirmer son autodétermination et son autonomie. Nous aidons

[11] *Parham v. J.R.* (1979) 442 U.S. 584.

les personnes qui sont incapables parce qu'elles ne peuvent affirmer leur autodétermination, à cause de certaines déficiences. Cependant, lorsque nous tentons de comprendre l'incapacité, nous découvrons qu'il y a des obstacles à la circonscription adéquate de l'autodétermination ou de l'autonomie. Est-ce l'aptitude à effectuer certains actes cognitifs? Si c'est le cas, ne prônons-nous pas alors des capacités semblables à celles d'un ordinateur, comme lorsqu'une personne peut exécuter certaines opérations comme une addition et une soustraction, ou définir certains mots ou expressions comme des proverbes. Est-ce quelque chose de plus profond dans l'état d'âme interne, qui reflète la nature d'une personne (sa «personnalité») ou un aspect de son identité? Est-ce la manière dont on intègre ces états d'âme dans un processus d'autodétermination qui constitue le véritable fondement de la capacité? Si tel est le cas, il serait peut-être préférable de considérer le développement antérieur de la personne et sa façon d'agir dans des circonstances semblables plutôt que d'insister sur certaines aptitudes cognitives à un moment donné.

En fait, cependant, la «capacité» est utilisée dans la société pour nier le moi. Il s'agit d'un concept modelé par les attentes sociales plutôt que par les préférences et les sentiments individuels, qui constituent le fondement personnel de la prise de décision. Si elles ne sont pas bien conçues, les évaluations de capacité peuvent clairement résulter en une négation de la «véritable» autonomie de la personne en tentant de rendre le comportement individuel conforme aux préjugés sociaux à propos de ce qui est normal. En réalisant ces objectifs, la capacité devient un jugement de valeur, un terme conclusif, sans substance, processus ou logique précis. Cette situation crée les ambiguïtés que nous connaissons lorsque nous tentons de concevoir un système pour comprendre le fondement clinique de la capacité. À titre d'illustration, lorsque nous décidons qu'une personne est «capable» de donner un consentement éclairé à un traitement particulier, nous comparons les aspects extérieurs de la compréhension, de la mémoire et de l'acquiescement à ce qui est considéré comme la «norme» ou comme un comportement rationnel. Nous ne possédons pas actuellement les outils nécessaires pour comprendre les niveaux plus profonds de l'appréciation subjective ou de la compatibilité émotive et intellectuelle liés à la décision d'accepter un traitement. L'absence de prise en compte de ce niveau plus profond empêche le développement d'un cadre servant à évaluer la capacité dans une gamme d'actions sociales. Jusqu'ici, les techniques de la neuropsychologie dans la prise de décisions de nature médicale sont également fondées sur des notions relatives de ce qui représente une psychologie normale ou une pathologie.

D. IMPORTANCE DE LA «CAPACITÉ»

La capacité est devenue une notion très importante parce que nous avons mis beaucoup d'espoirs dans son utilisation pour les décisions cliniques. De la même façon, l'incapacité est devenue un terme incertain et ambigu, très susceptible d'abus social. Puisqu'il est difficile de définir précisément la capacité, nous la décrivons en termes de cognition, de jugement et de perspicacité. Cela permet à la société de modeler la capacité de façon à servir certains objectifs sociaux. Bien qu'il ne soit pas toujours incorrect d'utiliser la capacité pour atteindre des buts sociaux, nous ne devrions pas agir comme si nous comprenions les processus de prise de décision de la personne; nous devrions plutôt exprimer clairement notre objectif. Lorsque les évaluations de la capacité servent des objectifs sociaux, l'interprétation des préférences du client est ramenée à des critères objectifs qui sont fortement influencés par les valeurs de ceux qui effectuent l'interprétation, créant ainsi le danger que la capacité accorde aux institutions sociales le pouvoir d'ignorer les droits de la personne chaque fois que les décisions de celle-ci semblent se situer à l'extérieur du domaine des attentes «raisonnables».

Une telle mesure de la capacité équivaut à un jugement de valeur qui ne se réfère à aucune substance, aucun processus ou aucune logique particulier, mais ne fait que mener à des conclusions. Être déclaré un incapable équivaut à être décrit comme dépourvu d'une qualité humaine essentielle. En conséquence, les formes de protection humaine deviennent des gestes de charité de la part de la société et elles cessent de relever du domaine des droits. Juger une personne incapable autorise la société à lui enlever ses biens et ses droits et à la retrancher de la collectivité pour la mettre dans un état de proscription morale et juridique. La détermination d'incapacité constitue même, dans certains cas, une plus grande déchéance pour l'être humain que s'il était déclaré «criminel». L'incapacité signifie essentiellement que la personne est incapable d'agir en tant que citoyen dans un système d'ordre civilisé.

Les attributions globales de capacité ou d'incapacité sont souvent conférées à des couches importantes de notre collectivité, particulièrement aux personnes âgées. À un certain moment de leur vie, les personnes âgées sont préoccupées par leur aptitude à vivre en société, à profiter de la vie en toute tranquillité, à être en la présence des êtres qui leur sont chers, et à accroître leurs expériences dans un cadre qui les soutient. Habituellement, leur capacité à penser rationnellement ne devient problématique que si elle concerne des actes comme l'aliénation d'une résidence privée ou la disposition testamentaire de biens à un moment opportun avant le décès. Le fait de déclarer des personnes âgées incapables à cause d'un

manque de «jugement» (un terme très normatif) d'une nature socialement admise offense notre idéologie fondamentale de respect des droits de la personne.

En plus des personnes âgées, nous faisons preuve d'ambivalence dans nos réponses sociales à l'égard de la capacité ou de l'incapacité des enfants. Sur une échelle rationnelle, les enfants peuvent être extrêmement lucides, mais nous les déclarons souvent incapables sur une simple présomption, adhérant ainsi à l'idée erronée qu'ils ne sont pas rationnels avant que nous déclarions que leurs capacités émotionnelles et cognitives ont atteint le niveau adulte. Ceci est un mythe. Il est évident que les enfants comprennent les risques inhérents à une vaste gamme d'activités, y compris les traitements médicaux, et qu'ils ont des préférences marquées. Ce niveau de compréhension est souvent atteint à un âge beaucoup plus jeune que celui que nous reconnaissons.

Nous pouvons prétendre que les enfants manquent de perspicacité et de jugement, même s'ils ont la connaissance et une pensée claire. Nous objectivons commodément des seuils en déclarant unilatéralement que les enfants qui n'ont pas atteint un certain âge sont incapables et en présumant, à l'inverse, que toute personne au-delà d'un certain âge est capable. Encore plus problématique à plusieurs égards est la tendance à qualifier la capacité décisionnelle des enfants sans justification scientifique, à cause d'objectifs sociaux importants. Si nous considérons la capacité des enfants à prendre des décisions et non pas nos réponses émotives, nous pourrions trouver, à notre surprise, que dans plusieurs domaines les enfants devraient être émancipés beaucoup plus tôt que nous ne l'avons reconnu jusqu'à maintenant.

Par rapport aux groupes d'âge situés aux extrêmes, les enfants et les personnes âgées, nous formulons des présomptions à propos de l'incapacité des personnes, de leur besoin d'être protégées et du respect de leur personnalité. Ces présomptions doivent être soigneusement examinées : nous parlons de protéger pleinement la personne vulnérable et de soutenir l'autodétermination quand, en fait, notre programme pourrait bien aller dans la direction opposée. Le discours sur la «capacité» est rempli de valeurs contradictoires et d'affirmations globales qui camouflent des intérêts sociaux et collectifs, lesquels ne favorisent pas la liberté mais limitent plutôt la dignité humaine.

E. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

Le contenu social inévitable de la détermination de la capacité rend le choix du langage employé de la plus haute importance. Afin de minimiser l'intrusion de jugements sociaux stigmatisants non désirés et involontaires, et de centrer plus clairement l'attention sur les paramètres fonctionnels et les aptitudes de la personne dans le contexte de la décision à prendre, nous préférons l'emploi de l'expression «capacité décisionnelle». Par opposition à la capacité globale, la capacité décisionnelle est définie comme l'aptitude à faire un choix acceptable par rapport à une décision particulière. Cependant, bien que ce choix de vocabulaire puisse réduire, ne serait-ce que temporairement, les opinions stigmatisantes associées au fait d'être jugé incapable, il n'élimine pas, ni ne peut éliminer, la considération directe des valeurs sociales sous-jacentes. En dernière analyse, il s'agit d'une détermination socio-légale. Cette prémisse sous-tend l'approche que ce rapport préconise vis-à-vis de l'analyse des éléments qui pourraient être employés pour évaluer la capacité décisionnelle. L'étude des principes et des intérêts impliqués dans l'évaluation de la capacité décisionnelle montrera à quel point cette évaluation se fonde inévitablement sur des hypothèses concernant la nature de notre société.

Aux fins du présent rapport, la capacité mentale de décider sera définie comme la capacité de faire un choix éclairé à l'égard d'une décision donnée[12]. Cette définition plutôt vague est justifiée par la reconnaissance croissante que la capacité décisionnelle est une notion relative qui doit être évaluée en fonction de la nature et de la complexité de la question à décider et qu'il peut donc être erroné de vouloir procéder à une évaluation globale de la capacité ou de l'incapacité décisionnelle[13]. À l'heure actuelle, la plupart des tests qui évaluent la capacité décisionnelle exigent que le sujet soit en mesure de comprendre l'objet

---

[12] Puisque le présent rapport vise à étudier d'autres approches en vue de définir les éléments d'un choix acceptable, cette expression sera employée pour réitérer le fait que cette définition est déterminée d'après la norme sociale.

[13] La capacité est relative ou marginale en ce sens qu'elle n'est dans bien des cas pas un état absolu ou global, qu'elle peut varier au cours du temps, et qu'une personne peut être capable pour un objectif mais pas pour d'autres. Voir Benjamin Freedman, «Competence, Marginal and Otherwise - Concepts and Ethics». (1981) 4 Int. J. Law & Psych. 53 et le rapport intitulé *Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale*. Voir aussi l'ouvrage du Center for Research & Education in Human Services, «Choices and Obligations - A Look at Personal Guardianship - Policy Analysis Paper No. 3», (Toronto: Ministère des Services sociaux et communautaires, 1988), où les auteurs font remarquer, à la p. 9, qu' «[Traduction] une personne peut faire preuve de capacité dans certains domaines et d'incapacité dans d'autres. Elle peut même se montrer incapable dans un domaine où elle se montre normalement capable lorsqu'elle se trouve dans des situations complexes ou qui ne lui sont pas familières».

de la décision et d'apprécier les conséquences qui résulteront du fait de prendre ou de ne pas prendre la décision[14]. En pratique, bien que nous croyions que cet objectif est juridiquement valable, sa mise en oeuvre tend à être variable et donne lieu à un large pouvoir discrétionnaire. Ces préoccupations posent de plus en plus de problèmes depuis que les conseils de révision, les tribunaux et d'autres personnes appelées à décider doivent déterminer, en pratique, la capacité décisionnelle en tant que notion relative.

La présente Enquête s'intéresse surtout à la capacité décisionnelle dans les domaines suivants : a) les soins personnels, notamment les traitements médical et psychiatrique, b) l'administration des biens et des affaires financières, c) la nomination d'un décideur subrogé et d) l'accès aux dossiers cliniques ou la divulgation de ceux-ci. L'Enquête a considéré les questions associées à l'évaluation de la capacité depuis plusieurs perspectives différentes, et elle a formulé des critères, un protocole et des lignes directrices pour rendre les évaluations de la capacité uniformes et valides.

F. LES CONCEPTS DE CAPACITÉ GLOBALE ET DE CAPACITÉ DÉCISIONNELLE - RÉSUMÉ

Le mot «capacité» est compris comme signifiant l'aptitude à traiter et à comprendre l'information et à prendre des décisions bien circonscrites sur la base de cette compréhension. Bien que ce sujet ait été beaucoup étudié par les sciences biologiques et comportementales, le terme «capacité» est si étroitement lié aux normes sociales qu'il est devenu un concept chargé en valeur ayant un but socio-utilitaire, à savoir assurer la conformité dans la société. Le danger de voir les jugements d'«incapacité» utilisés pour justifier l'exclusion ou un autre type de mauvais traitement des groupes socialement marginalisés est constamment présent, et il doit être combattu de façon consciente afin de prévenir l'abus potentiel que

[14] Voir par exemple la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, modifiée par L.O. 1987, chap. 37, art. 1, qui définit la jouissance de toutes ses facultés mentales comme l'état de la personne qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement.

Voir aussi le rapport intitulé *Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale* présenté par le Comité Fram. Le comité propose le critère suivant à l'art. 41 de son projet de loi : «Une personne est incapable de prendre soin d'elle-même si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant ses propres soins médicaux, son alimentation, son hébergement, son habillement, son hygiène ou sa sécurité, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision.»

présente la notion.

Afin de minimiser l'intrusion de jugements sociaux stigmatisants non désirés et involontaires, et de centrer plus clairement l'attention sur les paramètres fonctionnels et les aptitudes de la personne dans le contexte de la décision à prendre, nous préférons l'emploi de l'expression «capacité décisionnelle». Par opposition à la capacité globale, la capacité décisionnelle est définie comme l'aptitude à faire un choix éclairé par rapport à une décision particulière. Cependant, bien que ce choix de vocabulaire puisse réduire, ne serait-ce que temporairement, les opinions stigmatisantes associées au fait d'être jugé incapable, il n'élimine pas, ni ne peut éliminer, la considération directe des valeurs sociales sous-jacentes. En dernière analyse, ceci demeure une détermination socio-légale.

II. LES PROBLÈMES LIÉS À LA DÉTERMINATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

Compte rendu des exposés

Les questions étudiées pendant la présente Enquête ne font pas l'unanimité chez les familles, les malades qui font partie de groupes d'entraide, les cliniciens, les avocats, les personnes de même classe socio-économique ou de classes différentes. Comme l'indique la chronologie des événements figurant en annexe, les vingt-cinq dernières années ont permis d'assister à un changement spectaculaire des attitudes à l'égard du droit de la santé mentale, des clients psychiatriques, des personnes âgées, des personnes souffrant de déficience mentale et des individus dont la capacité est perçue comme étant marginale. Ces développements sont perçus par chacun selon ses propres expériences. Le consensus à propos de la loi qui semblait exister il y a vingt-cinq ans n'existe tout simplement plus. L'Enquête a pris en considération un grand nombre d'opinions et de points de vue. Force est d'admettre qu'il sera impossible de satisfaire aux revendications de tous les intéressés. Dans de telles circonstances, la meilleure solution consiste en l'étude attentive de chacun des exposés et en l'évaluation de chacune des préoccupations qui y sont exposées, et ce, même si les résultats en sont pas conformes à ceux que les intéressés auraient souhaité.

À la lumière de ce qui précède, il n'est pas étonnant que les mémoires présentés à l'Enquête, les avis exprimés par les membres du conseil consultatif et les attitudes de la société dans son ensemble ne concordent pas quant à la manière la plus appropriée de concilier l'intégrité individuelle et les intérêts de l'État. Les divergences d'opinion sur l'évaluation de la capacité décisionnelle portent aussi bien sur les questions de fond que sur les questions de procédure, et elles reflètent les préoccupations mentionnées ci-dessus. Dans les domaines de la psychiatrie et du droit, le dernier quart de siècle a vu une prolifération d'approches, d'opinions et de développements juridiques et médicaux divergents. Ceux-ci ont été différemment accueillis selon les milieux.

Les observations ont non seulement permis de relever les divergences d'opinion chez les divers intéressés, elles ont en outre mis en évidence un manque de rigueur analytique chez certains d'entre eux. En effet, plusieurs n'ont pas fait la distinction entre les critères et la manière d'évaluer la capacité décisionnelle, d'une part, et les conséquences qui devraient normalement découler d'un verdict d'incapacité, d'autre part. Les travaux de l'Enquête portent principalement sur les critères et l'évaluation de la capacité. Les conséquences du verdict d'incapacité, si elles permettent de situer la capacité décisionnelle dans un contexte juridique,

ne constituent pas une considération importante dans le contexte de l'Enquête. Les mémoires présentés par des particuliers ont fréquemment omis de faire cette distinction. Les prestataires de services et les organismes qui travaillent avec les groupes de bénéficiaires commettent souvent la même erreur. Cette confusion s'explique probablement par le fait que, jusqu'à récemment en droit de la santé mentale, et aujourd'hui encore dans les cas qui ne relèvent pas de la psychiatrie, l'évaluation de la capacité de décider n'est pas considérée comme une étape à part dans la décision de traiter une personne de capacité marginale, mais plutôt comme un facteur parmi d'autres dans la décision de traiter le malade ou non. En pratique, ce facteur n'est pas distinct d'autres considérations comme les avantages du traitement proposé, la volonté de la famille et la volonté du bénéficiaire, que celui-ci soit capable ou non[15].

Il y a lieu de s'inquiéter de l'ignorance répandue des lois et des règles de common law. On peut se demander si une meilleure compréhension de la notion de capacité serait utile si, par ailleurs, les personnes qui oeuvrent auprès des bénéficiaires ne comprennent pas le rôle de l'évaluation de la capacité décisionnelle dans le système juridique.

Trois questions semblent faire l'objet d'un large consensus auprès de l'ensemble de la population. D'abord et avant tout, tout le monde semble d'accord pour dire que la capacité se présume jusqu'à preuve du contraire. Quelques mémoires sont mêmes allés jusqu'à nous demander de recommander la codification législative de cette présomption[16].

Deuxièmement, puisque la capacité peut varier dans le temps, tous sont d'avis qu'un verdict d'incapacité devrait pouvoir être facilement révisé. Un jugement d'incapacité juridique ne devrait pas être irréversible. Ce jugement devrait plutôt demeurer en vigueur tant que la personne souffre effectivement d'une incapacité.

Enfin, les intervenants croient tous que la notion d'incapacité ne doit pas

---

[15] Voir, par exemple, l'arrêt *Ciarlariello v. Schacter* (jugement non rapporté de la Haute Cour de justice de l'Ontario, dossier No. 7448/81, dont les considérants ont été communiqués le 3 novembre 1987). Dans cette affaire, bien qu'il n'ait jamais été allégué que le malade était incapable de donner son consentement au traitement médical, le tribunal avait tenu compte de façon détaillée des discussions entre la fille du bénéficiaire et le médecin, lors desquelles la fille avait exprimé l'avis que le traitement était souhaitable.

[16] Voir les mémoires de la Commission ontarienne des droits de la personne et du Programme du défenseur des droits des malades mentaux de l'Ontario.

être interprétée dans un sens global. Il faudrait plutôt parler d'incapacité relativement à des décisions ou des catégories de décisions particulières. S'il y a unanimité sur cette question, il est moins aisé de déterminer les catégories décisionnelles qui devraient être utilisées pour évaluer la capacité. Dans certains mémoires, la notion de capacité se rapporte manifestement à des catégories de décisions, par exemple les décisions à l'égard du traitement et les décisions d'ordre financier. Dans d'autres mémoires, la capacité se rapporterait plutôt à des décisions particulières, par exemple le consentement à un traitement proposé ou la passation d'un contrat donné.

Les opinions sont partagées quant à ceux qui devraient être chargés de l'évaluation. Presque tous les exposés à ce sujet exprimaient l'avis que les médecins avaient un rôle clé à jouer dans ce processus. Toutefois, la plupart affirmaient que les lignes directrices qui guident actuellement les médecins dans l'exercice de leur discrétion n'étaient pas assez claires. Quelques mémoires ont soutenu que les psychiatres devraient jouer un rôle majeur, alors qu'au moins un organisme s'est opposé à un tel rôle[17]. Deux questions connexes méritent d'être discutées à cet égard. Premièrement, il y a une pénurie de médecins dans certaines régions. On nous a notamment fait remarquer qu'il faudra encore plusieurs années avant de combler la pénurie de psychiatres spécialisés en gériatrie au Canada[18]. Plusieurs nous ont en outre informé des frustrations ressenties par la communauté médicale en conséquence de sa participation à des tâches perçues comme étant de nature administrative ou quasi-judiciaire. Ceci porte à croire qu'il sera peut-être difficile de concilier une participation accrue du médecin, suggérée par divers groupes et par certains médecins, d'une part, et la volonté d'être dispensé d'effectuer le travail administratif que ce rôle implique, d'autre part.

Le commentaire suivant expose le problème lié du financement de la participation des professionnels de la santé:

> [Traduction]
> Dans l'état précaire actuel des services de santé aux personnes âgées, il faut prévoir un moyen de fournir des données cliniques à l'appareil juridique. Il faut aussi que le temps consacré par le médecin soit rémunéré. À l'heure actuelle, plusieurs médecins refusent de participer au processus juridique à cause du temps que cela demande, et parce que dans bien des cas celui-ci n'est absolument pas rémunéré. Par conséquent, il est fréquent que l'on tire le rideau sur ces questions, de sorte que le droit du malade à des soins médicaux adéquats et, indirectement, ses recours judiciaires éventuels, sont

[17] Voir les observations du Comité canadien des droits de la personne.

[18] Observations de la Victoria Hospital Psychogeriatric Clinic (19 décembre 1988).

compromis[19].

Pour inciter les médecins à participer davantage au processus, des modes de remboursement adéquats doivent être trouvés.

Cependant, un certain nombre de mémoires ont soutenu que l'évaluation de la capacité ne devrait pas être du ressort exclusif du médecin. Selon ces mémoires, la capacité devrait être évaluée par une équipe pluridisciplinaire ou une commission administrative dont les membres ont une compétence médicale, juridique ou sociale[20].

Certains ont soutenu que l'évaluation devrait être faite par un juge et un jury[21]. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux a critiqué cette formule, qu'il juge trop rigide. D'après les observations de cet organisme, les avantages de la procédure judiciaire sont largement illusoires puisque, de toute façon, celle-ci repose énormément sur les témoignages des médecins. Il suggère qu'un mécanisme plus souple soit mis en oeuvre, surtout dans les cas où le bénéficiaire a besoin de soins aigus, ou dans un milieu comme un établissement psychiatrique, où les niveaux de capacité peuvent varier sur une courte période[22]. Dans ces situations, le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux suggère que l'évaluation soit faite par un médecin, sous réserve des garanties suivantes : a) à moins d'incapacité manifeste, il serait obligatoire d'obtenir l'avis d'un autre médecin, choisi par le bénéficiaire; b) il serait obligatoire de donner un avis au bénéficiaire; c) tous les bénéficiaires seraient automatiquement visités par un professionnel indépendant pour les aviser de leurs droits; d) il y aurait un droit d'appel, qui permettrait éventuellement de se pourvoir devant les tribunaux de droit commun; e) il y aurait un mécanisme de révision automatique du verdict d'incapacité.

---

19 Observations de la Victoria Hospital Psychogeriatric Clinic (19 décembre 1988). Le Groupe d'étude sur les soins infirmiers psychiatriques a présenté des observations allant dans le même sens.

20 Par exemple, voir les observations du Bureau de santé de la ville de Toronto, du Citizens' Committee on Human Rights et du Wellington and District Public Health Department.

21 Voir par exemple le mémoire de M. Don Weitz. M[me]. Angela Browne propose également l'évaluation judiciaire dans le cas des personnes non hospitalisées.

22 Plusieurs personnes et groupes ont souligné l'importance d'un mécanisme souple. Généralement, les commentaires visaient le cas particulier du verdict d'incapacité. Selon plusieurs, ce verdict devrait pouvoir être révisé facilement, en cas de changement d'état du sujet.

L'importance d'aviser le bénéficiaire de ses droits a été soulevée par la Manic Depressive Association of Metropolitan Toronto. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux note qu'un tel avis, s'il constitue à ses yeux une garantie essentielle, pose des problèmes pratiques d'ordre administratif, particulièrement dans le cas des personnes qui ne sont pas logées dans de grands établissements.

La plupart des exposés étaient favorables à ce que les familles participent au processus de prise de décision[23]. Selon certains, il serait préférable de laisser les familles prendre part aux discussions afin de mieux situer la décision par rapport aux antécédents personnels du sujet, plutôt que de leur accorder un rôle dans la prise de décision elle-même. Cependant, même parmi ceux qui prônent une participation de la famille, certains ont fait une mise en garde quant au fait que les avis de la famille pourraient être viciés par des motifs qui ne correspondent pas toujours à l'intérêt véritable ou à la volonté du sujet. Ces mémoires ont indiqué que les avis de la famille ne pouvaient pas nécessairement être pris au pied de la lettre.

Plusieurs mémoires ont soutenu que, quelle que soit la personne chargée de l'évaluation, le mécanisme devait toujours être sensible aux besoins individuels, qu'il devait éviter de marginaliser les bénéficiaires, et qu'il devait respecter leur dignité. L'un des mémoires a rapporté l'incident suivant pour illustrer comment ces valeurs peuvent parfois être bafouées :

> [Traduction]
> Je travaillais comme recenseur électoral. Lorsque je suis arrivée à un autre foyer de groupe, une employée âgée m'a répondu. Alors que les résidents étaient assis dans la cuisine, elle les a montrés du doigt et nous a dit qu'ils ne pouvaient pas voter parce qu'ils étaient «incapables» et «arriérés». J'ai appelé le bureau de scrutin et ils m'ont dit que je devais inscrire les résidents qui semblaient comprendre le sens d'une élection et d'un recensement. Pendant que je faisais cela, l'une des résidentes m'a demandé, les larmes aux yeux, pourquoi l'employée avait dit qu'elle n'avait pas le droit de voter. Elle avait voté toute sa vie. Comme on pouvait s'y attendre, la plupart de ceux à qui nous avons parlé étaient assez lucides et comprenaient ce qui se passait[24].

Certains ont exprimé leurs préoccupations à l'égard des préjugés culturels fondés sur l'âge, la race, le sexe, l'orientation sexuelle, l'origine ethnique et la classe

---

[23] Voir par exemple les observations de l'Ontario Friends of Schizophrenics, de la Manic-Depressive Association of Metropolitan Toronto, du Conseil régional de santé de Wellington-Dufferin, et de l'Association canadienne pour la santé mentale (Peterborough).

[24] Mémoire de M^me^ Angela Browne, p. 3.

économique. Même si ces questions étaient généralement soulevées à propos du contenu des tests[25], il est difficile de dissocier celui-ci de l'attitude des personnes qui administrent les tests. Selon plusieurs mémoires, les préjugés de la personne qui administre le test peuvent avoir une incidence sur la crédibilité accordée au bénéficiaire. Ces préjugés pourraient ensuite avoir un impact sur les résultats du test. Le problème n'est pas limité à une simple question de validité des normes intrinsèques du test. Il faut aussi garantir que tous jouiront du même respect et de la même crédibilité lorsqu'ils seront évalués pour leur capacité de décider.

Dans le même ordre d'idées, l'Hospital for Sick Children a souligné que les termes employés dans l'explication sont importants. Selon cet établissement, il faut tenter d'expliquer le traitement proposé en utilisant des termes et un langage compréhensibles.

Dans ses observations, la Citizen's Commission on Human Rights a elle aussi exprimé ses préoccupations au sujet de la crédibilité accordée aux bénéficiaires. Cet organisme cite une étude américaine où cent bénéficiaires psychiatriques choisis au hasard avaient été soumis à un examen médical. Les résultats ont révélé que quarante-six d'entre eux souffraient de maladies qui n'avaient jamais été diagnostiquées auparavant. Or, ces maladies étaient à l'origine de leur maladies psychiatriques ou les avaient aggravées. Cette statistique est révélatrice. Elle permet notamment de voir, dans le cas qui nous occupe, comment une maladie non diagnostiquée peut avoir un effet sur la crédibilité du bénéficiaire. Selon cet organisme, il arrive que le personnel qualifie d'«idées délirantes» des symptômes tout à fait réels de maladies organiques. Il soutient qu'un verdict d'incapacité ne devrait jamais être porté sans qu'il n'y ait eu au préalable un examen médical complet[26].

D'autres mémoires ont soutenu que le but de l'examen devait être expliqué

---

[25] Voir par exemple les observations de l'Hospital for Sick Children, de l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario, de la Manic-Depressive Association of Metropolitan Toronto, de la Coalition pour les droits des personnes lesbiennes et gaies en Ontario, de M. Don Weitz et de M[me] Angela Browne. L'importance des valeurs culturelles dans ce contexte sera traitée plus loin.

[26] Voir aussi les mémoires de l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario et de M[me] Sandra Kantymir, une travailleuse sociale. L'administration d'un test diagnostique avant la détermination de la capacité soulève toutefois un problème supplémentaire : comment évaluer la capacité de consentir au test diagnostique?

au bénéficiaire[27]. La Manic-Depressive Association of Metropolitan Toronto a affirmé ce qui suit:

> [Traduction]
> Le malade connaît son propre corps et il sait comment il va réagir aux divers médicaments. Les professionnels doivent respecter ce fait lorsqu'ils évaluent la capacité de décider à l'égard du traitement.

Cet avis reflète la croyance que le bénéficiaire a droit à un certain respect fondamental, qu'il faut respecter la connaissance qu'il a de son propre corps, son droit de décider de quelle façon il sera traité et son droit d'être informé des traitements subis.

Plusieurs mémoires ont traité de l'occasion qui devrait déclencher l'évaluation de la capacité. De l'avis du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, un verdict d'incapacité constitue une intrusion dans la vie du bénéficiaire et porte atteinte à ses libertés civiles. Il est donc important de veiller à ce que cette mesure soit la moins contraignante possible, eu égard aux circonstances. La Commission ontarienne des droits de la personne a présenté des observations similaires. Selon la Commission, l'évaluation de la capacité mentale ne devrait pas «[Traduction] nuire à la liberté de ceux qui savent ce qu'ils font, qui peuvent apprécier les conséquences de leurs gestes, **ou qui peuvent le faire si on les aide**[28]».

Dans une certaine mesure, ces positions correspondent aux observations de l'Ontario Medical Association. Selon l'Association, les personnes qui savent qu'elles font confiance à leur médecin devraient être jugées capables, même si elles ne comprennent pas tous les détails techniques du traitement proposé.

Beaucoup plus controversée est la situation qui selon le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux prévaut actuellement. L'évaluation de la capacité n'a lieu que dans les cas où le bénéficiaire refuse catégoriquement le traitement. Par conséquent, plusieurs bénéficiaires incapables sont traités parce qu'ils ne s'opposent pas explicitement au traitement. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux et d'autres[29] ont proposé que la capacité décisionnelle fasse l'objet

---

[27] Voir par exemple le mémoire de l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario.

[28] En caractères gras dans le texte original.

[29] Voir par exemple le mémoire du Conseil régional de santé de Wellington-Dufferin.

d'évaluations systématiques. La Commission ontarienne des droits de la personne a exprimé ses préoccupations à l'égard d'un tel système en citant une loi qui aurait eu pour effet de dispenser du besoin d'obtenir le consentement pour vacciner des bénéficiaires :

> [Traduction]
> La Commission était d'avis que cette dispense avait pour effet de priver les malades souffrant d'incapacité mentale des choix qui étaient offerts aux personnes capables dans les mêmes circonstances. Ils étaient privés du droit, exercé avec l'aide d'un tuteur ou d'un défenseur de droits, de contester en premier lieu le verdict d'incapacité, de contester l'évaluation médicale qui mènerait à une recommandation d'immunisation, de prendre l'avis d'un autre médecin au sujet des évaluations précédentes, et de refuser le traitement.
>
> • • •
>
> Comme je l'ai déjà mentionné, les personnes qui souffrent de déficience ou d'incapacité mentale sont assimilées à des personnes handicapées et ont donc le droit d'obtenir les mêmes services médicaux et les mêmes possibilités de consentir au traitement que quiconque.

En fait, la Commission ontarienne des droits de la personne et le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux affirment que le traitement nécessite un choix et qu'il doit être précédé de la décision capable de l'accepter. Le fait de traiter des malades incapables acquiesçant au traitement revient à ignorer l'exigence qu'un choix capable doit être fait avant le traitement.

Pour ce qui est du test lui-même, un grand nombre de mémoires semblent d'accord pour dire que la capacité doit être évaluée en fonction des aptitudes fonctionnelles particulières du bénéficiaire plutôt que de l'à-propos du choix. Plusieurs mémoires ont souscrit à cette opinion[30].

Plusieurs mémoires présentés par les familles de personnes souffrant de problèmes psychiatriques étaient plutôt ambigus à ce sujet. Ces mémoires soulevaient le problème des personnes qui n'étaient pas traitées parce qu'elles avaient lucidement refusé le traitement dont elles avaient besoin. Les mémoires reconnaissaient clairement que le problème découlait du refus de subir le traitement. Cependant, les mémoires soutenaient généralement deux thèses : que ces personnes devraient être traitées malgré leur refus lucide de subir le traitement, et que les critères d'évaluation des aptitudes fonctionnelles du malade étaient imparfaits, notamment parce qu'ils ne tenaient pas suffisamment compte de l'état délirant du bénéficiaire. Les médecins se sont aussi montrés très préoccupés par

[30] Voir par exemple les mémoires présentés par le Conseil régional de santé de Wellington-Dufferin, l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario, M^me^. Angela Browne et M. Don Weitz.

l'effet que les critères de la capacité ont sur la possibilité d'administrer le traitement[31].

Pour ce qui est de l'âge, les mémoires qui ont abordé cette question prétendaient que celui-ci ne devrait pas être un facteur déterminant pour évaluer la capacité, aussi bien chez les personnes âgées que chez les enfants[32]. Certains mémoires ont traité du niveau de fonctionnement, qui devrait constituer la principale norme pour établir la capacité. Le présent rapport traitera de ces normes[33] de façon plus approfondie ultérieurement.

Pour ce qui est du niveau de compréhension cognitive qui devrait être exigé, plusieurs mémoires ont souhaité que la norme soit relativement élevée. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux a parlé de «choix bien réfléchi et conséquent étalé sur une période assez longue». L'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario a parlé de «[Traduction] l'aptitude à peser les options et à comprendre les conséquences qui résultent du choix de l'une ou de plusieurs d'entre elles ou de la décision de n'en choisir aucune».

L'examen de l'état mental est la méthode la plus courante pour évaluer les aptitudes fonctionnelles d'un individu. Plusieurs mémoires ont mis en question l'utilisation et l'administration de l'examen de l'état mental standard dans le contexte d'une détermination de la capacité décisionnelle. La Commission ontarienne des droits de la personne a signalé que cet examen risque d'être trop sommaire. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux a fait remarquer que plusieurs facteurs pouvaient faire fluctuer la capacité de décider sur une courte période, notamment les effets des médicaments, la confusion, le type et la quantité d'informations factuelles communiquée pendant l'entrevue, les idées délirantes et les problèmes interpersonnels. Cet organisme a conclu que l'évaluation de la capacité nécessiterait sans doute plusieurs entrevues.

---

31 Voir par exemple les mémoires présentés par l'Ontario Medical Association et le Provincial Psychiatric Hospital Medical Directors Group.

32 Voir les mémoires présentés par le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, l'Association canadienne pour la santé mentale (Peterborough), l'Hospital for Sick Children et M^me^ Angela Browne.

33 Les tests particuliers cités les plus souvent sont ceux répertoriés par L.H. Roth, A. Meisel et C.W. Lidz, «Tests of Competency to Consent to Treatment». (1977) 134:3 Am. Journal of Psychiatry 279.

Plusieurs mémoires ont déploré le fait que l'examen de l'état mental était administré dans un cadre étranger, qui ne correspondait pas aux propres circonstances de l'individu. Pour corriger cette lacune, plusieurs ont suggéré que l'évaluation de la capacité comprenne en outre l'étude des antécédents familiaux[34]. Selon d'autres mémoires, l'examen devrait être administré dans le milieu quotidien du bénéficiaire, plutôt que dans un cadre institutionnel[35].

Plusieurs mémoires ont souligné l'importance d'administrer un test qui soit culturellement neutre[36]. Les distinctions fondées sur la race, l'origine ethnique, la classe, le sexe, l'orientation sexuelle, la langue parlée et le degré d'alphabétisation ont été vertement critiquées. Hormis la suggestion que les explications devraient être fournies dans une langue connue du bénéficiaire, la manière d'élaborer un test culturellement neutre a fait l'objet de peu d'avis concrets.

Plusieurs mémoires ont soulevé le problème particulier de la personne en proie à des idées délirantes. La plupart de ces mémoires ont souscrit à la norme du fonctionnement cognitif. Ainsi, lorsque les idées délirantes ont une incidence sur la décision à prendre, l'individu ne devra pas être jugé capable. Ce principe doit être appliqué sous réserve du problème de la crédibilité du bénéficiaire, soulevé par plusieurs mémoires. Il est permis de se demander comment la personne chargée de l'évaluation pourra faire la distinction entre les croyances du bénéficiaire et des idées délirantes.

Un cas particulièrement délicat est celui où l' «idée délirante» du bénéficiaire le porte à croire qu'il n'est pas malade. L'exposé du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux définit le problème ainsi :

> On risquera en effet de ne juger un malade mentalement capable que lorsque son raisonnement coïncidera avec le diagnostic du médecin et le traitement proposé. Selon cette logique, tout malade enclin à contester un diagnostic ou à refuser un traitement serait par définition incapable. Cette interprétation serait aussi peu satisfaisante que celle qui ne repose que sur la compréhension

---

[34] Voir par exemple les mémoires présentés par l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario et le Conseil régional de santé de Wellington-Dufferin.

[35] Voir par exemple les mémoires présentés par l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario et le Bureau de santé de la ville de Toronto.

[36] Voir par exemple les mémoires présentés par l'Association des travailleurs sociaux professionnels de l'Ontario, la Manic-Depressive Association of Metropolitan Toronto, la Coalition pour les droits des personnes lesbiennes et gaies en Ontario, l'Hospital for Sick Children, M[me] Angela Browne et M. Don Weitz.

intellectuelle pour prouver la capacité mentale[37].

Plusieurs solutions à ce problème ont été suggérées. Le Groupe d'étude sur les soins infirmiers psychiatriques a suggéré que les bénéficiaires devraient être en mesure de se rappeler de leurs diagnostics. L'inconvénient de cette suggestion est qu'elle revient à tester l'aptitude cognitive plutôt que l'appréciation. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux a proposé la solution suivante :

> Lorsque nous disons que le malade doit pouvoir raisonner sur sa propre situation, il suffit en fait qu'il ait conscience d'avoir un problème au niveau de la pensée, du caractère ou de la personnalité et que ce problème affecte ses possibilités de vie dans une collectivité.

Plusieurs mémoires ont fait remarquer qu'un grand nombre de bénéficiaires se classent dans la zone grise entre la capacité et l'incapacité. Selon certains mémoires, il serait peut-être préférable de ne pas établir une seule norme de capacité, étant donné que les avantages et les risques varient d'un traitement à l'autre. Plusieurs particuliers ont suggéré que la norme de la compréhension soit évaluée à l'aide d'une échelle variable. Selon l'Ontario Medical Association, les traitements relativement contraignants et ceux dont le rapport avantages/inconvénients est défavorable, devraient exiger un niveau de capacité relativement élevé. Le Bureau de santé de la ville de Toronto a suggéré qu'une norme souple soit appliquée, et que cette norme varie selon la «gravité» du traitement. La norme souple proposée par le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux varie en fonction de la «[Traduction] gravité du traitement

---

[37] Dans l'arrêt récent (1er juin 1989) *McKay v. O'Doherty* (1989), [1989] O.J. No. 965, la Cour de district est arrivée à la conclusion suivante au sujet du critère de l'appréciation :

> [Traduction]
> Selon l'avocat de l'appelante, il suffit que la malade soit en mesure de comprendre intellectuellement l'information qu'on lui présente. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit consciente de sa situation propre. D'autre part, l'avocat de l'intimé a soutenu qu'à moins d'être soi-même conscient de l'existence du désordre mental, il n'est pas possible d'apprécier les conséquences qui peuvent résulter du fait que l'on donne ou refuse son consentement

DISPOSITIF :

> [Traduction]
> La décision d'accorder son consentement ou de le refuser ne doit pas être fondée sur des considérations abstraites. Cette décision devrait plutôt être motivée par la conscience qu'une affection existe. La capacité d'apprécier les conséquences qui peuvent résulter du fait que l'on donne ou refuse son consentement ne saurait constituer un consentement ou un refus éclairé si la personne nie l'existence même de l'affection dont elle souffre. Lorsque l'appelante nie l'existence de sa maladie, elle se place par le fait même dans une situation où elle est incapable d'apprécier les conséquences des médicaments par rapport à ses propres besoins.

proposé, de son caractère contraignant et des risques qui y sont associés.» De l'avis de monsieur Don Weitz, une norme de capacité relativement basse pourrait être appliquée dans le cas de l'administration de patrimoines modestes. Pour ce qui est des patrimoines en général, modestes ou importants, l'échelle pourrait facilement être établie selon la valeur économique du patrimoine. En matière de traitement, il est moins aisé d'établir une norme appropriée, puisque les critères suggérés risquent d'être très subjectifs. Cela ne fait que déplacer le problème de l'évaluation de la capacité de décider. En effet, il faut maintenant déterminer qui décide de la norme de capacité à appliquer dans un cas donné, et à quelles conditions. Il faut aussi établir si cette décision est assujettie à un mécanisme de révision judiciaire.

Ce qui précède fait partie des préoccupations identifiées auprès de l'Enquête et auxquelles de l'attention a été accordée dans le cadre de la préparation de ce rapport. Les problèmes identifiés dans les exposés seront discutés plus en détail à la lumière des recommandations de l'Enquête plus loin dans ce rapport.

A. PROBLÈMES D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ

Les attitudes adoptées envers les malades psychiatriques, les déficients mentaux, la population gériatrique et d'autres personnes de capacité douteuse ont connu un changement majeur au cours des vingt-cinq dernières années. Cela a eu pour résultat des variations importantes dans les attitudes adoptées par ceux qui font partie du système des soins de santé. Les dispensateurs de soins et les familles des clients sont en général en faveur de la réduction des obstacles au traitement, tandis que les malades et leurs représentants favorisent l'expansion de garanties procédurales efficaces. Ces différents points de vue donnent lieu à des différences d'opinion importantes quant au rôle de la profession médicale, du système judiciaire, des conseillers en matière de droits et des avocats dans l'évaluation de la capacité. Des préoccupations ont été exprimées à propos de l'impact de préjugés culturels provenant de différences d'âge, de race, de sexe, d'orientation sexuelle, d'origine ethnique, et de classe économique sur le processus d'évaluation. Les difficultés inhérentes à l'évaluation des personnes en proie à des idées délirantes ont été identifiées comme un autre sujet de préoccupation majeur. Les variations de la capacité au cours du temps et par rapport à l'objet de la décision présentent des problèmes pratiques pour une évaluation efficace. Ces problèmes et d'autres font partie de ceux qui ont été communiqués dans les exposés examinés par l'Enquête.

III. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE MARGINALE

A. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE ET CAPACITÉ GLOBALE

Depuis quelques années, la capacité décisionnelle est considérée comme une notion relative. L'utilisation du terme «relative» vise à souligner le fait que la capacité doit être comprise et évaluée en fonction de situations ou de types de décisions particuliers. Les personnes qui ne sont pas capables par rapport à un certain type de décision peuvent être capables d'en prendre d'autres. En pratique, cependant, les difficultés associées à l'évaluation des limites de la capacité décisionnelle et la confusion dont cette notion fait l'objet ont contribué à faire obstacle à son application. Par conséquent, les personnes ont été considérées soit globalement capables, soit globalement incapables. Néanmoins, pour bien connaître les limites de la capacité décisionnelle, il faut concevoir des moyens pour reconnaître la capacité décisionnelle partielle.

B. CAPACITÉ DÉCISIONNELLE MARGINALE PAR TYPE DE SITUATION

Il existe plusieurs types de situations dans lesquels la capacité décisionnelle peut être évaluée. Les paramètres devant être évalués varieront selon chacun de ces types. Ils comprennent les quatre énumérés dans le cadre de ce rapport et plusieurs autres :

1. La capacité décisionnelle à l'égard du traitement
2. La capacité décisionnelle à l'égard des biens
3. La capacité de nommer un décideur subrogé
4. La capacité de prendre des décisions à l'égard du dossier médical
5. La capacité de prendre soin de soi
6. La capacité de prendre soin des enfants
7. La capacité de renoncer à des droits juridiques, notamment le droit de consulter un avocat
8. La capacité de mandater un avocat
9. La capacité de commettre sciemment un crime.

Bien entendu, il y a des chevauchements entre ces classes. En outre, plusieurs de ces catégories peuvent être subdivisées en fonction des exigences d'une décision particulière.

C. CAPACITÉ DE PRENDRE UNE DÉCISION PARTICULIÈRE

Dans une même catégorie de décisions, les décisions de type financier par

exemple, certains facteurs varient d'un cas à l'autre, notamment la complexité de l'information que l'on considère avant de prendre une décision particulière et d'autres considérations liées au contexte. Aussi, il y a lieu de croire qu'une seule mesure de la capacité décisionnelle ne pourrait pas s'appliquer à toutes les décisions de la catégorie. La notion de capacité décisionnelle devrait donc tenir compte des exigences fonctionnelles propres à une décision particulière.

Il existe un certain nombre de critères sur lesquels s'appuyer pour faire une distinction entre différentes décisions particulières dans une même catégorie. Même si plusieurs personnes pourraient s'objecter à ce que l'évaluation tienne compte des conséquences de la décision, diverses normes pourraient très bien être établies en tenant compte de la gravité des conséquences. Par exemple, la plupart des gens seraient d'accord pour qu'une norme plus élevée soit exigée pour le consentement à l'administration de neuroleptiques que pour le consentement à celle de l'aspirine. De la même manière, une personne pourrait être jugée apte à faire ses provisions mais pas à acheter des marchandises sur le marché à terme ou des immeubles à caractère spéculatif. La spécification des paramètres à considérer à cet égard sera traitée plus loin dans le présent rapport.

D. VARIATIONS DE LA CAPACITÉ DANS LE TEMPS

La capacité décisionnelle peut varier dans le temps pour un certain nombre de raisons d'ordre physiologique et psychologique et aussi en raison de l'apprentissage et d'une familiarité croissante avec l'objet de la décision. Ces facteurs semblent indiquer qu'il sera peut être nécessaire de faire plusieurs évaluations pour pouvoir déterminer l'étendue et la variabilité des capacités de la personne. En outre, il faut tout mettre en oeuvre pour maximiser la performance du sujet. Par exemple, l'on pourrait évaluer les gens dans un milieu agréable, et le faire dans la langue de leur choix.

E. CAPACITÉ DE PRENDRE UNE DÉCISION UNIQUE, OU UNE SÉRIE DE DÉCISIONS

En pratique, les évaluations de la capacité marginale peuvent être subdivisées en deux catégories. Certaines évaluations permettraient de déterminer la capacité de prendre une décision unique particulière, comme consentir à une intervention chirurgicale. D'autres évaluations pourraient s'appliquer à une série de décisions semblables devant être prises pendant une certaine période, comme

dans le cas de personnes qui ont la capacité marginale de prendre soin de leurs biens. Alors que dans le premier cas il serait souhaitable d'évaluer la personne spécifiquement dans le contexte décisionnel, dans le second cas, il serait plus avantageux, sur le plan de l'efficience, qu'une évaluation plus générale puisse s'appliquer à plusieurs contextes décisionnels.

F. CAPACITÉ MARGINALE - RÉSUMÉ

L'évaluation de la capacité est plus difficile lorsqu'une personne semble apte à prendre certaines décisions seulement. Le cas le plus simple est celui où il y preuve d'incapacité globale, par exemple, lorsque la personne est inconsciente ou qu'elle ne communique pas. Cet état est facile à reconnaître et à régler. Dans tous les autres cas, la capacité d'une personne est marginale. Puisqu'il est souhaitable que chacun puisse exercer la plus grande mesure de contrôle possible en ce qui concerne son corps et sa vie, les tests de la capacité décisionnelle doivent refléter fidèlement les exigences d'une décision particulière. Par conséquent, les critères d'évaluation doivent être clairement établis et correctement évalués.

IV. PRINCIPES QUI SOUS-TENDENT L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

L'évaluation de la capacité mentale de prendre des décisions doit tenir compte de trois intérêts concurrents :

1. Les droits individuels, notamment le droit à la dignité, à l'autonomie et au à l'autodétermination;

2. L'intérêt véritable de la personne, tel que défini par l'État dans l'exercice de ses pouvoirs de *parens patriae*;

3. Les intérêts de la société dans la promotion des politiques plus vastes de l'État. Parmi ces intérêts, soulignons la protection de tous les citoyens et l'intérêt légitime de l'État à ce que l'administration des soins à ses membres soit caractérisée par la simplicité, l'efficacité et l'efficience.

A. DROITS INDIVIDUELS

La protection accordée aux droits humains peut varier d'un pays à l'autre. Cependant, la plupart des États civilisés tendent de plus en plus à privilégier les droits de la personne par rapport aux intérêts de la société. Depuis la Seconde Guerre mondiale, l'intérêt accordé aux droits humains, et notamment aux droits des bénéficiaires des services de santé mentale, n'a cessé de croître à l'échelle nationale et internationale.

Au Canada, l'entrée en vigueur de la *Charte*[38] en 1982, confirme la primauté accordée aux droits individuels[39]. Cependant, il faut noter que ces droits ne bénéficient pas d'une protection absolue puisqu'ils sont assujettis aux dispositions limitatives et dérogatoires des articles 1 et 33. Certaines lois ont dû être modifiées pour se conformer aux exigences de la *Charte*. Ainsi, certaines modifications ont été apportées à la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario (voir l'annexe V sur l'évolution historique en Ontario). La «judiciarisation» des procédures d'internement involontaire et de révision de la capacité en application de la *Loi sur*

---

[38] Canada, *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B du *Canada Act 1982* (R.U.), 1982, chap. 11.

[39] Plus particulièrement, l'article 52 prévoit que les droits individuels protégés en vertu des articles 2 à 15 de la *Charte* ont en général primauté sur les lois provinciales et fédérales précisées à l'article 32.

la santé mentale et l'instauration de programmes comme ceux de défense des droits des malades et de conseil en matière de droits dans la province montrent bien l'importance croissante accordée à ce domaine dans le droit canadien.

Cependant, cette tendance n'est pas un phénomène propre au Canada. Ce sont surtout les atrocités commises pendant le Seconde Guerre mondiale qui ont le plus nettement mis en évidence la nécessité de protéger les droits et libertés individuels. Après la guerre, l'Organisation des Nations-Unies a été créée et les Pactes relatifs aux droits de l'homme ont permis la codification, à l'échelle internationale, de plusieurs droits fondamentaux. Avant l'adoption de la *Charte*, la *Déclaration canadienne des droits*[40], au niveau fédéral, et diverses lois provinciales, témoignaient de l'engagement accru envers ces idéaux. Sur le plan international, la primauté accordée à ces intérêts est exprimée notamment dans le *Bill of Rights* américain et la *Convention européenne pour la protection des droits et des libertés fondamentaux*.

Dans une perspective historique, l'importance grandissante de la notion de personne en tant que sujet de droits semble découler de la montée du contractualisme, qui a graduellement supplanté les structures davantage fondées sur le statut, qui caractérisaient les sociétés sans écriture et les sociétés féodales. À des époques antérieures, les droits des personnes étaient surtout fonction de leur statut social formel et matériel, déterminé notamment par l'hérédité, le titre, ou la propriété foncière. L'avènement du raisonnement symbolique abstrait et du contractualisme a mené à la reconnaissance des idéaux égalitaires universels et aux présomptions d'égalité formelle qui sous-tendent la *Charte* canadienne[41].

Comme l'a fait remarquer le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux dans ses observations, la *Loi sur la santé mentale* favorise l'autonomie des malades en interdisant le traitement forcé des malades qui jouissent de leurs facultés mentales et en permettant à ceux qui en sont capables de nommer un décideur subrogé pour donner suite aux «volontés exprimées pendant les moments apparents de capacité mentale», le cas échéant.

Dans le contexte de l'évaluation de la capacité de décider, il convient de souligner quelques conséquences qui découlent de l'application des principes

---

[40] Canada, *Déclaration canadienne des droits*, S.C. 1960, chap. 44.

[41] J.C. Smith et D.N. Weisstub *The Western Idea of Law* (Toronto : Butterworths, 1981).

libéraux qui sont favorisés par la promotion des droits individuels[42]. Quoique ces assertions générales comportent des limites inhérentes, ce qui suit résume les observations les plus fondamentales que l'on peut faire :

1. Les droits individuels tendent à être associés au respect des garanties, comme le droit à une procédure équitable et les règles de procédure judiciaire. Les avocats sont en général perçus comme les protecteurs des droits individuels et ils adoptent une attitude légaliste pour déterminer la capacité de décider[43].

2. Les rapports sont censés être fondés sur des principes contractuels. Plus particulièrement, ils sont fondés sur l'hypothèse d'ententes consensuelles caractérisées par l'égalité des parties.

3. La présomption d'égalité fait en sorte que l'évaluation de la capacité de décider ne peut s'appuyer sur le statut de la personne. De la même manière, le fait de déterminer si une décision est correcte à partir de la procédure exclut de prendre en considération les conséquences de la décision[44] comme élément du test[45].

4. Comme l'a exposé le rapport Manson[46], l'insistance croissante mise sur les droits individuels dans le contexte psychiatrique a été lié au développement

---

[42] La complexité de cette question fait que toute conclusion générale quant aux conséquences qui découlent de l'application de ce principe dans un contexte particulier quelconque doit être nuancée.

[43] L'approche «juridique» se distingue de l'approche «médicale» dans la mesure où le droit existe pour trancher de manière impartiale entre deux parties égales qui présentent des opinions opposées, et où il emploie des procédures «juridiques» pour déterminer la réponse «exacte» à partir de ce qui doit être, par hypothèse, une position relative. Par opposition, la médecine se rapporte à une connaissance supérieure et à la bienveillance présumée de l'expert pour valider ce que la médecine considère être la réponse «exacte».

[44] L'arrêt *Malette v. Shulman* (1987), 63 O.R. (2d) 243, [1987] O.J. No. 1180 (H.C.) a clairement entériné le principe qu'il faut respecter la décision d'un individu d'agir d'une manière qui peut sembler objectivement préjudiciable à son intérêt véritable. Voir l'annexe IV pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[45] Prise à la lettre, cette règle exigerait que le test soit entièrement symétrique, c'est-à-dire qu'il ne favorise pas le résultat le plus «raisonnable» par rapport au moins raisonnable, et qu'il utilise le même test indépendamment de l'importance de la décision en question et indépendamment du degré de certitude quant aux conséquences de la décision.

[46] Manson, «La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques - Évaluation des fonctions du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux», 1987, pp. 99-116.

d'un rapport entre les malades et les psychiatres davantage axé sur l'opposition. Même s'il ne s'agit pas d'une conséquence inévitable, le transfert du pouvoir des «autorités» vers la «personne» fait qu'elle est probable[47].

B. PATERNALISME, BIENFAISANCE ET PARENS PATRIAE

L'intervention paternaliste sous le couvert de l'aide aux personnes incapables a historiquement été justifiée comme une exception aux principes dominants qui favorisent l'autonomie individuelle[48]. L'inaptitude des personnes incapables à concevoir des intentions rationnelles, ou à agir dans leur propre intérêt comme le feraient des citoyens «ordinaires» est perçue comme justifiant l'intervention de l'État pour les protéger des conséquences de leurs propres incapacités. En droit, la compétence de *parens patriae* de la Couronne était fondée sur le principe que le roi, à titre de *parens patriae*, avait l'obligation de prendre soin de ceux qui n'étaient pas en mesure de le faire par eux-mêmes, c'est-à-dire, historiquement, les enfants et les personnes souffrant d'incapacité mentale. Au Canada, l'arrêt *Eve*[49] fait autorité par son énoncé des fondement et de la portée de la compétence de *parens patriae*. Dans cet arrêt, il a été jugé que cette compétence, déléguée aux cours supérieures, devait être exercée exclusivement dans l'intérêt et pour la protection de la personne incapable et non pour le bénéfice d'autrui. Bien que

---

[47] Ceci est particulièrement vrai du fait que les médecins, de par leur formation, agissent dans ce qu'ils croient être l'intérêt véritable de leur malade et croient que leur compétence spécialisée les rend plus aptes que le malade à prendre des décisions concernant son traitement.

[48] R. Sherlock, «My Brother's Keeper? Mental Health Policy and the New Psychiatry». Dans D.K. Kentsmith, S.A. Salladay et P.A. Miya (eds.), *Ethics in Mental Health Practice* (Orlando : Grune & Stratton Inc., 1986) pp. 184-85, cite Kant et Mill qui excluaient les enfants et les déments du principe de la «liberté» et rappelle la proposition suivante de Mill :

[Traduction]
Ceux dont l'état les oblige à dépendre des soins d'autrui doivent être protégés contre leurs propres gestes et les préjudices de l'extérieur. ...un dirigeant mû par un esprit d'amélioration est justifié d'utiliser les moyens qui lui permettront d'atteindre une fin qui pourrait autrement être inatteignable.»

[49] *(Mme.)E c. Eve* (1986), [1986] 2 R.C.S. 388, [1986] [illegible] C.S. No. 60. Voir les annexes II et IV pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

«l'intérêt véritable» soit une expression qui peut être définie de plusieurs façons[50], la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario[51] fournit aux décideurs subrogés certaines indications sous la forme d'une définition élargie de cette expression. L'alliance thérapeutique, et les objectifs du traitement médical en général, peuvent être vus comme des intérêts de plus en plus importants, analogues aux obligations de l'État à titre de *parens patriae* et reflétant les mêmes préoccupations paternalistes, à savoir réaliser l'intérêt véritable de la personne souffrant d'incapacité.

Dans le milieu des services de santé, la tendance à s'en remettre à une définition médicale de l'«intérêt véritable» de la personne souffrant d'incapacité relative est exacerbée par le respect accordé aux opinions des experts médicaux par les autres intervenants dans ce milieu. La tendance à s'en remettre à l'autorité médicale se manifeste dans l'obligation codifiée que les procédures entourant la prise de décision relatives à plusieurs questions juridiques et quasi-juridiques dans ce domaine soient accompagnées d'un témoignage médical ou psychiatrique, de même que dans la tendance des tribunaux à s'appuyer sur les témoignages d'experts médicaux lorsqu'ils doivent faire des évaluations de la capacité[52]. Les médecins et les psychiatres possèdent des compétences particulières à l'égard du diagnostic et de l'évaluation d'affections médicales et psychiatriques. Les avocats et les juges ont

---

[50] Par exemple, les définitions peuvent être formulées de manière à inclure ou à exclure les préférences subjectives de la personne, elles peuvent simplement refléter les intérêts non différenciés et objectifs d'une «personne raisonnable», ou tenter d'évaluer l'intérêt véritable objectif d'une personne qui possède les caractéristiques objectives de la personne incapable.

[51] La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262 (modifié), par. 35 (5) fournit les critères suivants pour déterminer «l'intérêt véritable du malade» :

(5) Pour établir si un traitement psychiatrique et un autre traitement médical connexe précisés sont dans l'intérêt véritable d'un malade, la personne autorisée à donner ou à refuser son consentement au nom du malade étudie les facteurs suivants :
a) si le traitement psychiatrique précisé permettra ou permettra probablement d'améliorer dans une grande mesure l'état mental du malade;
b) si l'état mental du malade s'améliorera ou s'améliorera probablement sans le traitement psychiatrique précisé;
c) si l'effet bénéfique prévu du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés l'emporte sur le risque d'effets néfastes;
d) si le traitement psychiatrique précisé est le moins contraignant et le moins perturbateur qui satisfait aux exigences des alinéas a), b), et c). 1987, chap. 37, art. 11.

[52] Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, «Mémoire sur la détermination de l'incapacité mentale», mai 1989, page 31, où cet organisme note que «Dans les juridictions où la capacité est déterminée par un juge, nous remarquons que la décision d'incapacité repose surtout sur le témoignage du médecin.»

donc tendance à s'en remettre à leurs connaissances spécialisées[53].

Cependant, malgré les compétences reconnues des experts à l'égard des questions techniques en ce domaine, les effets réciproques complexes des forces culturelles, sociales et autres font qu'il est très difficile de prévoir exactement le type de traitement ou d'intervention qui donnera effectivement les meilleurs résultats. En fait, certains ont affirmé ce qui suit à cet égard[54] :

> [Traduction]
> Les recherches ont montré que l'intervention protectrice dans la vie des personnes mentalement ou physiquement handicapées peut causer une incidence plus élevée de détérioration et de décès que l'absence d'intervention, surtout lorsque l'intervention mène à l'institutionnalisation dans une maison de soins infirmiers ou un hôpital psychiatrique.

Ces considérations tendent à mettre en évidence les interrelations complexes qui doivent être évaluées avant de pouvoir définir ce qu'est l'«intérêt véritable» d'une personne sur le plan social, et les difficultés pratiques qui peuvent survenir si ces questions doivent servir de facteurs dans les tests de capacité.

En fin de compte, malgré les difficultés pratiques, l'équilibre à établir entre les intérêts paternalistes et les intérêts individuels repose sur un choix social qui doit refléter le contexte juridique et philosophique dans lequel il est fait. À cet égard, bien que la *Charte* protège certains droits individuels, ces droits ne jouissent pas d'une protection absolue mais peuvent être limités par l'article 1 et niés par

---

[53] À cet égard, la capacité de prendre des décisions d'ordre médical ou psychiatrique peut être vue comme une dimension d'une matrice pluridimensionnelle de la capacité qui permet de déterminer les rapports et entre les individus dans la société et leur pouvoir relatif. La capacité ou la compétence dans n'importe quelle dimension peut être vue comme se situant sur un continuum qui va de l'incapacité absolue d'une part à la connaissance et la rationalité absolues, une espèce de super-capacité, d'autre part. Le long de ce continuum, plus l'écart de capacité entre deux points est grand, plus le pouvoir relatif de l'individu jouissant d'une plus grande capacité sur l'individu dont la capacité est moins grande est élevé. Dans la dimension médicale de la capacité, la capacité des avocats, des juges et des profanes moyens est considérée comme normale, et ces personnes sont, par conséquent, relativement plus compétentes que les malades dont la capacité est mise en cause. Cependant, les membres de la profession médicale sont perçus comme étant dotés d'une capacité supérieure, en vertu de leur niveau d'instruction et de leur accréditation professionnelle. Leur capacité apparaît donc comme supérieure à celle de la personne moyenne et, à plus forte raison, à celle des personnes dont la capacité est inférieure à la moyenne.

[54] Center for Research & Education in Human Services, «Choices and Obligations - A Look at Personal Guardianship - Policy Analysis Paper No. 3», (Toronto : Ministère des Services sociaux et communautaires, 1988) p. 5, citant D.T. Jost, «The Illinois Guardianship for Disabled Adults Legislation of 1978 and 1979 : Protecting the Disabled from their Zealous Protectors». (1980) 57 *Chicago Kent Law Review* 1087, p. 1088.

voie législative en vertu de l'article 33. En pratique[55], les décisions rendues par les conseils de révision et les tribunaux témoignent d'une reconnaissance de ce rôle social et du besoin d'équilibrer ces intérêts de manière responsable.

Dans ses observations, l'OMA a souligné les différences entre les approches canadiennes et américaines pour en arriver à équilibrer les droits individuels par rapport à des préoccupations comme les soins de santé universels. Cet organisme a conclu que les Canadiens accordent une plus grande importance à l'intérêt collectif dans le domaine des soins de santé universels que ne le font les Américains[56]. Étant donné qu'il n'y a pas une seule façon «correcte» d'équilibrer ces intérêts, ces questions peuvent seulement être discutées en termes d'intérêts en jeu, et il incombera aux instances législatives et judiciaires compétentes de les résoudre.

C. INTÉRÊTS SOCIAUX

Les intérêts de la société dans la promotion des objectifs plus vastes de l'État se distinguent de ses intérêts à titre de *parens patriae* dans la mesure où ils comprennent la promotion des préoccupations de la collectivité à l'égard de la personne, par opposition à l'«intérêt véritable» de la personne en question[57].

L'État peut contrôler les personnes déviantes ou dangereuses par le biais de ses pouvoirs pénaux ou civils d'internement ou d'incarcération. C'est d'abord à lui qu'incombe la responsabilité de créer une société efficiente et viable sur le plan administratif. Dans la mesure où l'évaluation de la capacité peut avoir une incidence sur ces questions, l'État a un intérêt primordial dans l'évaluation de la capacité de décider. L'État s'intéressera donc à cette question pour les motifs suivants :

---

55 Voir par exemple l'arrêt *Re Howlett and Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418, [1988] O.J. No. 591 (Cour de district), dans lequel le tribunal a considéré les intérêts définis dans la *Charte* avant de juger un malade incapable de prendre des décisions à l'égard du traitement.

56 Ontario Medical Association, «Ontario Medical Association Submission to the Weisstub Enquiry on Mental Competency», mai 1989, pp. 4-5.

57 Toutefois, il semble que la distinction entre ces intérêts soit plutôt floue, puisque les intérêts plus vastes de la société englobent évidemment l'«intérêt véritable» de l'individu qui est promu en vertu du rôle de *parens patriae*. À cet égard, l'on peut seulement distinguer le fondement et l'orientation de l'objectif et non sa substance.

1. afin d'éviter l'incertitude à l'égard de l'évaluation de la capacité et des conséquences qui peuvent en découler[58];

2. afin d'empêcher qu'une personne ne soit soumise sans raison à une évaluation de sa capacité;

3. afin d'éviter de priver les personnes de leurs droits du fait d'un verdict d'incapacité;

4. afin d'empêcher les gens d'agir d'une manière contraire à leur intérêt véritable à cause d'une incapacité mentale; et

5. afin de réduire les interventions dans la vie des gens et de réduire ainsi les coûts inhérents à ces interventions, tant sur le plan humain que financier[59].

D. PRINCIPES SOUS-JACENTS - RÉSUMÉ

Hormis les difficultés pratiques, l'équilibre entre l'autonomie personnelle, l'«intérêt véritable» de la personne et les intérêts de la société doit refléter le contexte juridique et philosophique dans lequel il est établi. Puisqu'il n'existe aucune spécification objectivement «correcte» pour établir cet équilibre, l'on doit tenter de structurer l'évaluation de la capacité décisionnelle en veillant à ce que les valeurs sociales, telles que décidées par voie démocratique, soient incorporées et reflétées tant dans le contenu que dans la procédure d'administration du test.

À l'heure actuelle, cet équilibre favorise l'autonomie individuelle. Par conséquent, les présomptions et le fardeau de la preuve, notamment, sont établis

---

[58] Les conséquences de l'incertitude comprennent notamment la confusion possible et la responsabilité civile lorsque le consentement est accordé pour des interventions médicales ou psychiatriques, la nullité possible des contrats conclus avec une personne incapable, et la nullité possible de la nomination d'un subrogé ou du consentement à la divulgation des dossiers médicaux.

[59] Les coûts financiers associés à des procédures complexes d'évaluation, de révision et d'appel sont relativement faciles à établir. Les coûts, sur le plan humain, des procédures d'évaluation de la capacité lorsqu'il y a contestation peuvent être très importants quoique difficiles à quantifier. L'ingérence dans les rapports thérapeutiques normaux entre le médecin et son malade, les rapports familiaux et d'autres structures sociales est souvent une conséquence systémique des procédures établies pour régler certains cas problématiques.

en faveur de la protection des droits individuels. Néanmoins, une preuve claire d'incapacité fonctionnelle permettra de réfuter les présomptions et de faciliter une intervention visant à protéger l'«intérêt véritable» de la personne. L'ensemble du processus d'évaluation doit refléter les principes d'autonomie et d'«intérêt véritable» tout en respectant les exigences sociales de proportionnalité, de simplicité administrative, et de pertinence de la prise de décision.

V. LES INTÉRÊTS DES PARTIES ET LA PART DE L'ARBITRAIRE

A. LES PARTIES

Les personnes dont les capacités sont en cause sont évidemment les premières intéressées par les résultats de l'évaluation, puisqu'un résultat défavorable les prive du pouvoir de prendre les décisions en question. Dans la plupart des cas, ces personnes auront à subir des traitements médicaux ou psychiatriques dont elles ne veulent pas[60], ou perdront le contrôle sur leurs ressources financières et d'autres aspects liés à l'autodétermination.

Les intérêts des avocats, des défenseurs des droits des malades et des conseillers en droits dérivent à bien des égards des intérêts des personnes qu'ils représentent, dans la mesure où les membres de ce groupe sont chargés de les aider à exercer leurs droits légaux. Cependant, ils représentent un groupe distinct du point de vue des préoccupations sociales et économiques qui les motivent, qui peuvent être différentes de celles des personnes qu'ils représentent.

La famille, les amis et les autres personnes qui ne font pas partie des systèmes médical et juridique mais qui ont des rapports étroits avec la personne que l'on évalue représentent une vaste gamme d'intérêts, qui peuvent être compatibles ou non avec ceux de la personne en question.

L'intervention des professionnels de la santé, qu'il s'agisse de professionnels médicaux, psychiatriques ou autres, est perçue comme motivée par un certain nombre d'intérêts. Par exemple, le personnel clinique qui est appelé à agir comme témoin expert médico-légal, qui doit prendre des décisions en matière d'internement ou qui doit évaluer la capacité mentale d'un bénéficiaire est placé dans une situation de conflit entre son obligation fiduciaire envers ce dernier et son obligation de respecter l'intégrité de l'organe décisionnel. La volonté d'agir dans l'«intérêt véritable» du bénéficiaire tel que défini par l'expert malgré la volonté contraire de celui-ci peut éventuellement donner lieu à d'autres conflits.

---

[60] Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, «Mémoire sur la détermination de l'incapacité mentale», mai 1989, souligne à la p. 44 que «les malades savent souvent fort bien quels médicaments et quelles doses leur sont le plus utile et provoquent le moins d'effets secondaires.» L'exposé a en outre examiné les effets secondaires négatifs causés par le traitement chimique de la maladie mentale, notamment les effets débilitants permanents comme la dyskinésie tardive. Une opinion plus véhémente a été émise dans «Peer Advocate - A Voice of Former Psychiatric Inmates & Survivors of the Neuropsychiatric System», avril 1989, qui qualifie ce type de traitement forcé de «[Traduction] viol chimique et technologique par les médecins».

Les fournisseurs commerciaux de médicaments et d'autres fournitures de soins médicaux et psychiatriques ont des intérêts facilement identifiables, soit pousser au maximum la vente de leurs produits.

Le gouvernement et l'administration appliquent généralement les politiques dictées par le groupe au pouvoir et par la dynamique de la structure bureaucratique.

B. LES INTÉRÊTS DES PARTIES ET LA PART DE L'ARBITRAIRE

Pour être en mesure d'examiner les divers critères d'évaluation de la capacité, il faut évaluer la gamme complète des intérêts et des motivations sociaux qui peuvent influencer les parties intéressées.

Le fait d'être jugé «incapable» est une expérience extrêmement stigmatisante et préjudiciable[61].

> [Traduction]
> Cela laisse croire que la personne tout entière, et pas seulement une petite partie de son caractère, souffre d'une déficience. Cette affirmation a de graves conséquences pour le malade. Grâce à cette étiquette, il est plus facile pour les membres intéressés de la famille d'obtenir le contrôle ultime sur les biens personnels de quelqu'un et de prendre des décisions à l'égard de son traitement. Ce verdict a aussi pour effet de diminuer, en quelque sorte, la valeur de la personne aux yeux de la société.

D'un autre côté, le fait de permettre à une personne souffrant d'incapacité de prendre des décisions peut causer un tort immense à son bien-être physique, mental, financier ou social.

Les avocats, les défenseurs des droits des malades et les conseillers juridiques gagnent leur vie par la défense des droits de la personne devant les instances qui leur sont accessibles. De par leur fonction, ces intervenants sont directement intéressés à ce que la procédure équitable et d'autres garanties juridiques offertes au bénéficiaire soient étendues, indépendamment des avantages que celui-ci pourra éventuellement en tirer. Selon les dispensateurs de soins, la judiciarisation de plus en plus grande du traitement psychiatrique fait en sorte que les hôpitaux se préoccupent de plus en plus de leur responsabilité civile et de la

[61] Angela Browne, «Submission to the Enquiry on Mental Competency», 7 avril 1989, p. 2.

paperasserie, plutôt que des soins[62]. Ces procédures entraînent des coûts directs et indirects substantiels quoique très difficiles à évaluer exactement[63]. La manière dont les défenseurs des droits tentent d'accorder des pouvoirs à des personnes a pour effet de créer un lien de dépendance à leur égard tout en réduisant le pouvoir que peuvent exercer les autorités médicales sur la personne. Dans le cadre des évaluations de la capacité, l'on peut s'attendre à ce que les défenseurs des droits favorisent un ensemble de critères qui aurait pour effet de réduire la discrétion de l'évaluateur médical et de faire en sorte que l'évaluation respecte les principes de la justice naturelle et de la procédure équitable.

De nombreux conflits peuvent éventuellement opposer la personne à sa famille. Dans le cas de la capacité à prendre des décisions d'ordre financier, les membres de la famille sont souvent en situation de conflit d'intérêts économiques avec la personne. Ceci est particulièrement vrai dans les cas où des personnes âgées agissent de manière à réduire la succession qui sera dévolue aux membres de la famille[64]. En outre, les charges économiques et autres que doivent supporter les membres de la famille tenus de prendre soin de la personne handicapée pourraient les inciter à souhaiter que la personne soit jugée incapable et obligée de recevoir des soins professionnels, ce qui les libérerait de leurs obligations onéreuses.

Par le passé, l'infamie qui découlait de la maladie mentale incitait les familles à vouloir cacher les membres «défectueux» de leur clan et à commettre des abus avec les institutions de la santé pour arriver à cette fin. Si l'on peut espérer que les garanties dont le système est doté à l'heure actuelle ont mis un terme à ces pratiques, il faut présumer que ces tendances persistent. Il se peut que les

---

[62] Manson, «La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques», 1987, pp. 95-96, où l'auteur signale que depuis l'institution du défenseur des droits des malades, l'on assiste à une sollicitation accrue des conseils de révision. À cet égard, l'auteur cite les commentaires d'un psychiatre : «Nous avons 20 fois plus de paperasse. Le conseil de révision nous prend au moins une journée complète... Par exemple, une semaine, il m'est arrivé de consacrer cinq ou six heures à un cas, sans passer une seule minute avec le malade. Celui-ci m'a posé des questions à ce sujet et sa famille en a fait autant.» L'auteur signale aussi les craintes des infirmières d'engager leur responsabilité civile.

[63] Voir plus haut, où l'auteur cite les commentaires d'un psychiatre qui signale les nombreux coûts indirects ou cachés du programme des défenseurs des droits et qui déplore le fait qu'il ne passe pas assez de temps avec ses patients parce qu'il est trop occupé à le passer avec des avocats et devant les conseils de révision. Selon le psychiatre, les membres de la profession sont tellement occupés à défendre ce qu'ils font qu'ils n'ont plus le temps d'agir.

[64] À plusieurs égards, ce conflit est analogue à celui qui existe entre ceux qui ont un intérêt viager et ceux qui ont un intérêt résiduel dans des biens en fiducie.

membres de la famille n'agissent pas dans l'«intérêt véritable» de la personne mais dans leur propre intérêt. Les préoccupations au sujet des agissements de la famille peuvent avoir une incidence sur les décisions en matière de traitement et de divulgation du dossier. Le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux[65] a abordé la question de la difficulté à contrôler les décisions des décideurs subrogés et d'autres questions connexes. D'autres exposés ont aussi mentionné ce problème[66].

Les médecins et les psychiatres ont accepté que leurs rapports avec les bénéficiaires soient définis par un lien fiduciaire. L'approche paternaliste qu'ils ont adoptée est encouragée par leur formation et le prestige dont ils jouissent dans la société. Cette vision traditionnelle a cependant été remise en cause, tant de l'intérieur[67] que de l'extérieur[68] de la profession. Depuis l'essor des droits individuels à l'autonomie, les rapports se rapprochent de plus en plus du lien contractuel. La déclaration de principes de l'Association canadienne de psychiatrie reflète cette évolution et signale ce qui suit[69] :

> [Traduction]
> Toutes les réformes législatives en matière de santé mentale ont cherché à réaliser les objectifs suivants :
>
> 1) limiter les restrictions imposées aux personnes souffrant de maladie mentale;
>
> 2) faire passer l'autorité du psychiatre à la profession juridique et au tribunal.

Lorsqu'elle sont analysées objectivement, la nature de la formation

---

[65] Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, «Mémoire sur la détermination de l'incapacité», mai 1989, pp. 63-68.

[66] Voir par exemple Angela Browne, «Submission to the Enquiry on Mental Competency», 7 avril 1989.

[67] Voir en particulier les travaux de Thomas Szasz et R.D. Laing et la théorie sur «l'étiquetage» des maladies mentales.

[68] Il existe actuellement plusieurs groupes qui appuient le droit des bénéficiaires de psychiatrie de refuser des interventions psychiatriques (voir par exemple «Peer Advocate - A Voice of Former Psychiatric Inmates & Survivors of the Neuropsychiatric System», avril 1989). Voir aussi Parti progressiste conservateur de l'Ontario, «Patients' Rights - Building a More Balanced System (Discussion Paper)», décembre 1986, p. 15, qui relève un certain nombre de «mésaventures thérapeutiques» pour prouver l'existence de «sérieux cas d'abus du système».

[69] Association des psychiatres du Canada, «Financial and Personal Competence in the Elderly - Final Draft - Canadian Psychiatric Association Position Paper», p. 2.

médicale[70], les incitations d'ordre financier[71] et la commercialisation intensive de médicaments[72] et d'autres technologies par les entreprises commerciales contribuent toutes à créer des préjugés systémiques en faveur de l'intervention. En l'absence de forces opposées, ces préjugés mèneront à l'administration excessive de médicaments aux malades[73]. Pour étendre ses pouvoirs, on peut s'attendre à ce que la profession médicale favorise une approche discrétionnaire dans l'évaluation de la capacité.

Même si le rôle des fournisseurs commerciaux de médicaments et autres produits et services semblables dans les décisions de traitement devrait être négligeable, il serait naïf de croire que leurs efforts de commercialisation de grande envergure n'ont aucun effet sur les professionnels qui ont le pouvoir de prescrire ou de recommander l'utilisation de leurs produits. Par conséquent, il serait sage de présumer que ces fournisseurs ont eu tendance à influencer le système médical en faveur de l'utilisation, voire de l'abus, de leurs produits.

C. LES PARTIES ET LES INTÉRÊTS - RÉSUMÉ

Pour établir les méthodes d'évaluation de la capacité, il faut d'abord examiner la gamme complète des préoccupations et des motivations sociales qui

---

[70] De par leur formation, les médecins croient sincèrement et raisonnablement qu'ils en savent plus long sur le problème que le malade lui-même, qu'ils sont plus en mesure de prendre des décisions à son égard, et que l'intervention qu'ils suggèrent peut aider.

[71] Le système de tarification à l'acte incite en soi à la multiplication excessive de services médicaux et psychiatriques pour des motifs financiers. Comme le relève un article paru dans le Wall Street Journal du 1er mars 1989, l'utilisation de services médicaux comme les tests de laboratoire effectués par des médecins est étroitement liée à l'existence d'incitations d'ordre financier encourageant à ordonner ces travaux.

[72] Les efforts déployés par les sociétés pharmaceutiques, dont le chiffre d'affaires est de l'ordre de plusieurs milliards de dollars, pour encourager les médecins à acheter leurs produits sont bien connus. Quoique ces sociétés découragent maintenant les pratiques commerciales les moins scrupuleuses, comme prodiguer des cadeaux somptueux aux médecins, elles continuent à commanditer et à appuyer la recherche, des conférences, des dons et d'autres efforts de promotion. Voir, par exemple, le matériel promotionnel de Valium reproduit dans «Peer Advocate - A Voice of Former Psychiatric Inmates & Survivors of the Neuropsychiatric System», avril 1989.

[73] L'administration excessive de médicaments a causé la mort de plusieurs patients, selon le Parti progressiste conservateur de l'Ontario, «Patients Rights - Building a More Balanced System (Discussion Paper)», décembre 1986, p. 15. Ce texte a proposé l'adoption d'une «Déclaration des droits des malades» et la constitution d'une «Commission des plaintes en matière de soins de santé» pour compléter les conseils des sciences de la santé actuels.

peuvent influencer les parties concernées. Cette analyse permettra de contrer les tendances inhérentes mises en évidence avec les mécanismes de compensation appropriés au niveau du contenu du test ou de son mode d'administration.

L'on peut présumer que les intérêts relevés ci-dessus motivent les gestes d'au moins un certain nombre des parties qui interviennent dans l'évaluation de la capacité. Même s'il est impossible de prévoir entièrement l'influence de ces facteurs sous-jacents et de les éliminer, il est souhaitable d'établir les méthodes d'évaluation en tenant compte de l'incidence possible de ces intérêts. À cet égard, il faut en arriver à un équilibre entre accorder une trop grande discrétion aux évaluateurs, ce qui comporte un risque d'abus, et engendrer une judiciarisation excessive du processus, avec tous les inconvénients que cela entraîne.

VI. LA PART DE L'INCERTITUDE ET LA FONCTION DES TESTS

A. LES TESTS ET LA PART DE L'INCERTITUDE

L'incertitude semble être un dénominateur commun dans l'évaluation de la capacité décisionnelle marginale. La nature hypothétique de la notion de capacité et le mélange de facteurs sociaux et psychologiques impliqués se combinent pour accroître le degré d'incertitude associé à l'évaluation de la capacité. Les incertitudes supplémentaires liées aux diagnostics psychiatriques ou à l'évaluation psychologique et aux conséquences probables du traitement ou d'autres décisions sont autant de facteurs qui peuvent éventuellement devenir des variables importantes dans l'évaluation de la capacité.

B. LA FONCTION DES TESTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

L'incertitude associée à l'évaluation de la capacité et aux conséquences qui découleront d'un choix ou d'un autre, ainsi que la pratique de se fier aux recommandations de conseillers experts, ce qui leur confère en quelque sorte un rôle de subrogé officieux, font en sorte que les tests d'évaluation de la capacité peuvent être appelés à jouer plusieurs rôles. Voici quelques-uns de ces rôles :

1. L'évaluation objective stricte de la capacité d'une personne

L'évaluation de la capacité peut porter uniquement sur les aptitudes fonctionnelles de la personne. L'évaluation est fondée exclusivement sur une évaluation objective de paramètres fonctionnels, ce qui exclut toute appréciation du caractère apparemment raisonnable ou non du choix effectué par la personne. Cette approche accroîtrait le nombre d'évaluations effectué et ferait en sorte qu'un plus grand nombre de personnes seraient jugées incapables. Dans plusieurs cas, le décideur subrogé aboutirait à la même décision que celle déjà prise par la personne «incapable». Cette approche pose aussi des problèmes pour les raisons suivantes :

1. Les répercussions négatives d'un verdict d'incapacité, associées à l'incertitude inhérente à ce verdict, suggèrent que celui-ci ne doit pas être rendu à moins qu'un avantage incontestable n'en résulte. Il ne serait pas d'un grand secours de juger quelqu'un incapable puis de prendre la même décision que la personne aurait prise de toute façon. Les problèmes notoires associés à

l'emploi de décideurs subrogés[74] suggèrent aussi que le recours non nécessaire à cette méthode devrait être évité.

2. Plusieurs sources ont suggéré qu'on devrait employer une échelle variable pour évaluer la capacité, plutôt que de procéder à une évaluation objective stricte. À ce sujet, l'OMA suggère que la capacité de faire confiance à la décision du médecin devrait être distinguée de la capacité de prendre une décision à l'égard du traitement. L'association cite Roth en faveur de la proposition qu'il y ait «[Traduction] une définition plutôt large de la capacité lorsque le bénéficiaire accepte de subir un traitement où le rapport avantages-inconvénients est favorable ou lorsqu'il refuse de subir un traitement dont le rapport est défavorable» et que «[Traduction] les critères soient plus sévères, c'est-à-dire qu'il y ait plus de chances d'être jugé incapable, si le bénéficiaire acceptait de subir un traitement dont le rapport avantages-inconvénients était négatif ou s'il refusait de subir un traitement dont le rapport était très favorable[75]».

2. La promotion de la décision conforme à l'«intérêt véritable»

La promotion de la décision conforme à l'«intérêt véritable» découle de l'hypothèse que l'incertitude liée à la détermination de la capacité est plus grande que celle liée à l'identification de l'intérêt véritable de la personne par les autorités. Une approche qui emploierait une échelle variable pourrait être mise en oeuvre de différentes façons. La pratique officieuse actuelle consiste à utiliser des considérations quant aux conséquences de la décision, qui déterminent l'échelle variable, comme une forme de test de seuil[76], ce qui a pour effet de dispenser les personnes dont les décisions sont conformes aux attentes de leur entourage de tout examen supplémentaire. D'autres solutions contribueraient à établir un seuil plus bas pour l'évaluation de la capacité et les considérations quant aux conséquences pourraient alors servir de critères d'analyse dans le cadre d'une évaluation formelle,

---

[74] Voir le «Mémoire sur la détermination de l'incapacité mentale» préparé par le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, mai 1989, pp. 63-66.

[75] Ontario Medical Association, «Ontario Medical Association Submission to the Weisstub Enquiry on Mental Competency», mai 1989, p. 3.

[76] Dans le présent rapport, le mot «seuil» s'entend du niveau d'incapacité qui doit être établi avant qu'une évaluation formelle ne puisse être ordonnée.

le cas échéant. Cette approche suppose qu'il est possible de déterminer objectivement et précisément l'«intérêt véritable» de la personne et que les personnes ayant une position d'autorité agiront de cette manière idéale. Cependant, tant les préoccupations énumérées précédemment que la pratique actuelle[77] suggèrent que ces décisions devraient faire l'objet d'une révision indépendante, et que par conséquent toutes les décisions prises par les malades souffrant d'incapacité ou en leur nom devraient être révisées par un subrogé, un conseil de révision ou un autre organe semblable.

3. L'évaluation de la décision conforme à «l'intérêt véritable»

L'emploi d'évaluations de la capacité pour réviser les recommandations des médecins ou d'autre conseillers quant à l'intérêt véritable du bénéficiaire soulève un certain nombre de questions dont les répercussions dépassent le cadre du mandat de l'Enquête :

1. Étant donné la confiance que beaucoup de malades accordent au rapport fiduciaire qui existe entre le médecin et son patient, et leur acceptation inconditionnelle des recommandations médicales, est-il raisonnable que seules les décisions à l'égard du traitement prises par des malades incapables soient soumises à des procédures exceptionnelles de révision[78]?

2. Des changements ayant pour effet de transformer les soins médicaux et psychiatriques au point où le dispensateur de soins ne se sent plus tenu à une obligation paternaliste et fiduciaire d'agir dans l'intérêt véritable du

---

[77] Voir en particulier Parti progressiste conservateur de l'Ontario, «Patients Rights - Building a More Balanced System (Discussion Paper)», décembre 1986, «Peer Advocate - A Voice of Former Psychiatric Inmates & Survivors of the Neuropsychiatric System», avril 1989 et le «Mémoire sur la détermination de l'incapacité mentale» préparé par le Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, mai 1989, pour connaître trois perspectives différentes sur la nécessité d'une révision indépendante.

[78] Le fondement douteux de cette distinction a été clairement exposé par l'Ontario Medical Association, «Ontario Medical Association Submission to the Weisstub Enquiry on Mental Competency», mai 1989, p.2, où il est souligné que «[Traduction] dans l'univers clinique baigné de douleur et de souffrance, pratiquement tous les malades qui éprouvent de la douleur, de la peur, de la dépression ou de la colère, pouvant être accompagnée ou non de dysfonction cérébrale, auront une aptitude amoindrie à réagir avec toutes les ressources cognitives et émotonnelles qu'ils pourraient avoir eues s'ils n'étaient pas malades ou souffrants d'une manière ou d'une autre. ... Dans une situation clinique courante, l'aptitude du malade à comprendre les questions qui se rapportent au diagnostic et au traitement peut être diminuée, mais ce malade peut néanmoins être en mesure de faire confiance à son médecin et de s'attendre à ce que celui-ci lui administre le meilleur traitement possible.»

malade, mais s'engage plutôt dans un modèle plus contractuel, pourraient avoir des répercussions négatives sur la qualité des soins et sur les obligations du dispensateur de soins envers le malade.

3. Les exigences juridiques en matière de traitement entraveront le traitement éthique des patients et mettront les médecins dans la situation impossible de ne pouvoir respecter à la fois les règles juridiques et les règles éthiques qu'ils sont pourtant tenus de respecter[79].

C. LA FONCTION DES TESTS - RÉSUMÉ

L'évaluation de la capacité décisionnelle peut servir à atteindre plusieurs objectifs différents et même s'il peut paraître souhaitable d'administrer des tests seulement pour protéger les personnes non consentantes des conséquences fâcheuses de décisions incapables, cette approche exige que des mécanismes fiables existent pour veiller à ce que les personnes incapables mais consentantes soient protégées contre les possibilités d'abus, d'administration excessive de médicaments, etc. Dans la pratique actuelle, les tests sont surtout administrés dans les cas de différends entre une personne et un tiers, généralement un médecin dans le contexte médical. Cependant, cette pratique a été critiquée par des groupes de défense des droits des malades et d'autres parties intéressées. Une autre solution, qui consisterait à administrer des tests dans tous les cas, engendrerait un plus grand nombre d'évaluations et reviendrait implicitement à utiliser le processus d'évaluation comme une méthode pour contrôler la qualité des décisions prises par les médecins dans des conditions de délégation informelle. L'approche actuelle a l'avantage de respecter le choix de la personne et évite de la stigmatiser avec l'étiquette d'incapacité lorsqu'elle a choisi de déléguer de façon informelle la faculté de décider à un dispensateur de soins en qui elle a confiance. En théorie, cette approche est conforme à l'hypothèse que le degré d'incertitude associé à la détection de l'incapacité est supérieur à celui qui accompagne l'évaluation du

---

[79] Pour connaître la réaction des psychiat. race à l'augmentation des exigences administratives et de procédure sous le régime de la *Loi sur la santé mentale*, voir Manson, «La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques - Évaluation des fonctions du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux», 1987.

Voir aussi Ontario Medical Association, «Ontario Medical Association Submission to the Weisstub Enquiry on Mental Competency», mai 1989, p. 4, qui signale que lorsque la loi «[Traduction] interdit de traiter le malade incapable lorsque le médecin sait qu'il possède un traitement qui peut soulager la douleur, prolonger la vie et permettre au malade de reprendre plus rapidement une vie productive dans la société» elle «s'oppose aux principes éthiques de la médecine.»

caractère souhaitable des conséquences. D'un autre côté, l'administration de tests de la capacité décisionnelle dans tous les cas douteux permet de tolérer une plus grande part d'incertitude quant aux conséquences et d'employer un processus officiel de décision déléguée pour contrôler la valeur de la décision recommandée.

L'évaluation de la capacité doit favoriser une plus grande autonomie individuelle. Pour cette raison, et à la lumière de l'incertitude liée à l'évaluation de la capacité, nous sommes en général d'avis que l'évaluation de la capacité devrait être limitée aux cas où le comportement de la personne engendre des doutes sérieux sur sa capacité. Toutefois, dans les cas où la personne est particulièrement susceptible d'être placée en établissement, nous favorisons l'administration plus étendue des tests de capacité, de manière à protéger les personnes incapables qui donnent leur consentement.

VII. FONDEMENTS DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

L'Enquête a identifié trois grands paramètres qui permettent d'évaluer et de reconnaître la capacité décisionnelle : la fonction, l'état ou la situation et les conséquences. Ces catégories prises ensemble permettent de fixer les limites dans lesquelles la capacité peut être évaluée.

A. FONCTION

Les tests de la fonction permettent d'évaluer les facultés décisionnelles de la personne et peuvent être administrés dans plusieurs contextes, en utilisant diverses approches, méthodes et normes. Un test fondé sur la fonction est théoriquement différent d'un test fondé sur les conséquences. Toutefois, en pratique, il n'est pas aisé de faire une distinction entre les hypothèses qui sous-tendent les tests de rationalité et celles qui sous-tendent les tests à propos des conséquences raisonnables, et ces deux tests tendent à se confondre à la limite.

La *Loi sur la santé mentale* actuelle et la plupart des commentateurs ont adopté une forme de test fonctionnel, bien que l'on puisse soutenir que l'exigence d'«appréciation» introduit une forme de considération des conséquences, étant donné que cette notion semble étroitement liée à la reconnaissance de conséquences raisonnables. En outre, les différences qui existent entre les critères de la capacité de la *Loi sur la santé mentale* et ceux de la *Loi sur l'incapacité mentale* et l'obligation imposée aux malades en psychiatrie par la *Loi sur la santé mentale* de subir une évaluation de la capacité à administrer leurs biens suggèrent que le statut de malade en psychiatrie peut être un facteur influençant pour ce test de la capacité.

B. ÉTAT OU SITUATION

L'état ou la situation s'entend des qualités particulières d'une personne, notamment l'âge, le diagnostic mental, l'état psychiatrique et l'état de conscience, ou d'une situation, notamment la complexité de la décision à prendre et l'importance de l'objet de la décision aux yeux du décideur. Ces éléments peuvent être utilisés comme facteurs individuels, dans le cas des personnes, ou ils peuvent être combinés les uns avec les autres, dans le cas des paramètres individuels et situationnels. Bien que l'utilisation de l'état ou de la situation comme paramètre contrevient aux préceptes fondamentaux quant à l'égalité de traitement et aux

garanties fournies par une procédure équitable, il peut y avoir, en pratique, des intérêts sociaux qui justifient le recours à certaines caractéristiques comme l'âge, par exemple dans le cas de jeunes enfants. Dans certaines situations, comme celles où la personne est inconsciente, l'état correspondra à une incapacité dont la gravité est telle que des tests supplémentaires seront pratiquement inutiles.

C. CONSÉQUENCES

Les tests fondés sur les conséquences évaluent les conséquences probables de la décision par rapport à celles qui seraient jugées préférables par une personne raisonnable. Ce test a donc tendance à refléter les hypothèses de ceux qui font l'évaluation quant au point de vue qui fait l'objet d'un consensus. L'utilisation des conséquences en tant que facteur exige que la validité et l'exactitude de l'évaluation des conséquences soient appréciées et évaluées séparément.

L'utilisation des conséquences présente un certain nombre de problèmes d'ordre théorique et pratique. Il y a notamment un risque que l'imposition de la norme de la «personne raisonnable» puisse violer l'autonomie des personnes. Notre société pluraliste accorde, et doit respecter, le droit de chacun d'agir de façon «déraisonnable» et de prendre des décisions insensées s'il le désire. La distinction entre les conséquences recherchées et les conséquences probables est une autre variable qui doit être appréciée et qui rend plus complexe l'évaluation, dans l'hypothèse où l'on décide d'inclure les conséquences comme facteur[80]. Pour ces raisons, il faut accorder une importance limitée à ce paramètre, et celui-ci doit être pondéré à la lumière des problèmes mentionnés ci-dessus.

D. OBJECTIFS DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

Les tests de la capacité décisionnelle ont pour objectif d'évaluer le caractère fonctionnel de la capacité d'une personne à prendre une décision donnée d'une manière qui tienne compte des préoccupations traitées à la section précédente. Ces tests ont en outre pour objectif de rehausser, plutôt que de défavoriser, les aptitudes de la personne en question; cet objectif englobe l'identification et le

[80] À ce sujet, il est intéressant de noter que notre société et notre droit accordent généralement moins de protection au droit d'une personne d'en arriver à des conséquences indésirables à cause d'une erreur plutôt que par choix intentionnel.

traitement de toutes les déficiences traitables, en vue de faciliter le recouvrement de la capacité.

Parce qu'il est souhaitable de laisser une personne mener sa vie comme elle l'entend dans la mesure du possible, les tests de la capacité décisionnelle doivent correspondre de façon précise aux exigences de la décision particulière. L'administration des tests doit donc faciliter la pondération des paramètres, qu'ils soient de nature cognitive ou sociale, qui indiquent la capacité de décider, d'une manière qui réduise la composante discrétionnaire et la possibilité d'un traitement incohérent ou inégal. Évidemment, le processus d'évaluation doit aussi correspondre aux décisions sociales pour ce qui est des intérêts et des principes qui devront être favorisés par le processus.

E. FONDEMENTS DE L'ÉVALUATION - RÉSUMÉ

L'évaluation de la capacité doit être fondée sur une appréciation des aptitudes fonctionnelles de la personne. Même si, dans certains cas, il peut être opportun de prendre en considération l'état et la situation ou les conséquences, cette pratique doit se limiter aux cas où elle favorise l'évaluation de la fonction[81] et à ceux où elle fait l'objet d'une politique clairement articulée[82].

---

[81] Ce serait le cas s'il existait une corrélation étroite entre le facteur et la caractéristique fonctionnelle en question et si ce facteur permettrait par là de mesurer plus exactement le critère fonctionnel que les autres approches.

[82] Par exemple, nous jugeons raisonnable et nous recommandons que l'âge d'un jeune enfant soit un facteur d'appréciation puisque les étapes du développement cognitif de l'enfant ont fait l'objet d'une démonstration empirique, parce que nous voulons éviter de soumettre les enfants à des procédures d'évaluation et à cause de l'obligation légale imposée aux parents et aux tuteurs.

VIII. ASPECTS PROCÉDURAUX

A. PRÉSOMPTION DE CAPACITÉ

La primauté accordée à la liberté et aux droits individuels a donné lieu à la présomption de capacité de la common law. Cette présomption prévaut dans les cas incertains sauf s'il est démontré qu'un individu est incapable. Si, en général, l'état de la personne ne devrait avoir aucune incidence sur cette présomption, celle-ci est actuellement réfutée[83] ou renversée[84] par voie législative dans le cas des mineurs[85]. Selon certains médecins préoccupés par les difficultés éprouvées par les personnes souffrant de désordres chroniques, et plusieurs familles de schizophrènes, certains diagnostics psychiatriques ont aussi pour effet d'affaiblir ou de réfuter la présomption. D'autre part, ceux qui prônent des droits plus importants pour les malades acceptent en principe cette présomption mais aimeraient qu'un mécanisme soit mis en place pour assurer la protection de ces personnes. Ils font remarquer qu'en pratique la personne qui souscrit aux recommandations des autorités est presque assurée que la présomption ne sera pas contestée dans son cas, alors qu'un désaccord de sa part aurait probablement pour effet de provoquer une mise en question de sa capacité.

B. FARDEAU DE LA PREUVE

L'attribution du fardeau de la preuve devrait tenir compte de la présomption de capacité, des difficultés pratiques qui seraient imposées à une partie qui doit assumer le fardeau et d'autres considérations matérielles.

La présomption de capacité a évidemment pour effet d'attribuer le fardeau initial de la preuve à la partie qui allègue l'incapacité. Il est couramment admis que cette partie continue d'assumer ce fardeau tout au long des procédures. Dans le contexte du consentement médical, semble-t-il, c'est le psychiatre ou le médecin qui met en cause la capacité du malade qui doit assumer ce fardeau[86]. Par ailleurs,

---

[83] Ontario, *Loi sur les hôpitaux publics*, Règ. O. 518/88, art. 25.

[84] Ontario, *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, chap. 262 (tel que modifié), art. 1d.

[85] Particulièrement, dans les deux lois précitées, dans le cas des enfants âgés de moins de seize ans.

[86] Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, «Mémoire sur la détermination de l'incapacité mentale», mai 1989, pp. 73-75, signale que dans le contexte psychiatrique le fardeau de la preuve continue de reposer sur le médecin.

la jurisprudence en matière de capacité testamentaire exige seulement que la partie qui conteste la capacité puisse jeter un doute sur celle-ci. Dès qu'elle y parvient, le fardeau de la preuve est renversé et il incombe alors à la partie qui défend la validité du testament de prouver la capacité du testateur[87]. Cette anomalie semble limitée aux questions de capacité testamentaire et découle d'un fardeau imposé par le droit des testaments. Aussi n'a-t-elle aucun rapport avec les tests de la capacité qui font l'objet du présent rapport.

Si l'on ne tient pas compte de cette anomalie, il faut admettre que le fardeau de la preuve de l'incapacité incombe à la partie qui l'allègue, à moins qu'il ne soit démontré de façon convaincante qu'il devrait être renversé.

C. NORME DE PREUVE

Pour choisir la norme de preuve appropriée, il faut évaluer le préjudice qui résulte d'une privation injustifiée de l'autonomie, suite à des faux résultats positifs, et le comparer au préjudice subi si l'on permet à des personnes incapables de prendre des décisions contraires à leur intérêt véritable, suite à des faux résultats négatifs. Cependant, il convient de signaler que la question de la norme de preuve est tellement liée au test substantif qu'elle ne peut être appréciée isolément.

Malgré cette mise en garde, l'adoption de la norme adoptée en matière civile, celle de la balance des probabilités, semble préférable, étant donné la nature équilibrée de la décision et l'aptitude à protéger l'autonomie dans le contenu substantif du test. Cette norme est clairement définie et correspond bien à la nature des intérêts que le test est appelé à soupeser et à la jurisprudence à ce sujet[88]. Il a été proposé, à l'instar de Fram[89], que la norme applicable en matière

---

[87] L'arrêt *Alberta v. Cushman* (1987), [1987] A.J. No. 1120 (Q.B.) p. 2 a cité l'arrêt *Léger and Michaud v. Poirier* (1944), [1944] R.C.S. 152 p. 164 pour rappeler le principe que lorsque «[Traduction] la capacité de tester...a été mise en doute, il incombe aux défendeurs qui allèguent le testament de confirmer la capacité de tester.» Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de l'arrêt *Léger and Michaud v. Poirier*.

[88] Par exemple, l'arrêt *Alberta v. Dickson* (1986), [1986] A.J. No. 551 (Q.B.), qui traite de la capacité de tester, cite à la p. 2 l'arrêt *O'Neil v. The Royal Trust Company of Canada* (1946), [1946] R.C.S. 622, à la p. 632, pour confirmer la règle que «[Traduction] la capacité de tester est une question de fait déterminée selon la balance des probabilités». Dans l'arrêt *Clarke v. Clarke* (1982), 40 O.R. (2d) 383 (Dist. Ct.), il a été signalé que «[Traduction] même si le jugement d'incapacité mentale rendu contre Justin Clarke lui impose sans doute certaines restrictions, il s'agit d'un tribunal civil et non d'un tribunal pénal. Par conséquent, le principe général de cette instance est de déterminer ce qui est le plus avantageux pour le malheureux sujet de la présente requête.» En l'espèce, il a en outre été signalé que «[Traduction] la *Loi sur l'incapacité*

pénale, qui exige une preuve «au-delà du doute raisonnable» soit adoptée comme norme tant pour la capacité d'administrer des biens[90] que pour la capacité de prendre soin de sa personne[91]. Cette proposition renvoyait à la *Loi sur l'incapacité mentale* mais n'a pas abordé la distinction entre les procédures engagées en vertu de l'article 7, c'est-à-dire les affaires jugées sur une simple preuve par affidavit, et celles qui sont jugées en application de l'article 8. L'arrêt *Clarke* s'est appuyé sur cette distinction lorsqu'il a été jugé que la norme de preuve plus stricte s'appliquait seulement dans le cas des requêtes et que cette norme ne devait pas être appliquée dans le cas d'un procès. Aussi, même si la norme de preuve «au-delà du doute raisonnable» pourrait être employée pour protéger les personnes tout en permettant l'évaluation judiciaire économique par requête appuyée d'un affidavit, elle ne devrait pas être admise dans les affaires entendues sur le fond.

D. GARANTIES ET PROCESSUS D'ORDRE PROCÉDURAL

Puisque la durée prévue, l'étendue et les conséquences de l'incapacité peuvent varier d'une personne à l'autre, il est normal que les procédures varient selon le contexte. De ce point de vue, il serait souhaitable de pouvoir disposer de deux procédures pour déterminer la capacité de décider : la procédure «solennelle» et une procédure simplifiée. Il faudra donc décider des questions suivantes :

1. Le choix de l'évaluateur, particulier ou tribunal
2. L'avis au principal intéressé et le droit de participer
3. Les conseils quant aux droits et le droit à un avocat
4. Le droit d'appel, y compris le droit d'un pourvoi devant un tribunal de droit commun
5. Le délai entre les révisions.

Nos recommandations à l'égard des facteurs mentionnés ci-dessus seront

---

mentale a été conçue pour protéger ceux qui, en raison d'un développement interrompu ou incomplet de l'esprit, ont besoin de protection. Le but de cette loi n'est pas de détenir ou d'incarcérer inutilement.» Pour une discussion plus approfondie de l'arrêt *Clarke v. Clarke*, voir les annexes II et V.

[90] Fram, «Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale», 1987.

[90] Voir plus haut, Projet de loi, art. 19 (3).

[91] Voir plus haut, Projet de loi, art. 54 (2).

formulées dans le cadre de la discussion sur les critères proposés plus loin dans le présent rapport.

E. ASPECTS PROCÉDURAUX - RÉSUMÉ

À quelques exceptions près, la présomption de capacité demeure jusqu'à preuve du contraire. Il incombe à la partie qui allègue l'incapacité de la prouver, et la norme de preuve est la balance des probabilités. D'autres questions de procédure, comme le choix de l'évaluateur, la forme que doit prendre l'avis au principal intéressé, les conseils sur les droits et le droit à un avocat, le délai maximal entre les révisions et la possibilité d'interjeter un appel dépendent du contexte de l'évaluation et doivent permettre d'équilibrer les principes et les préoccupations énumérés dans les sections précédentes. Ces questions seront traitées dans le cadre de la discussion des critères plus loin dans le présent rapport.

IX. DIVERSES APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES

L'évaluation de la capacité de décider repose sur l'évaluation de la manière dont une personne agit d'après les décisions qu'elle doit prendre. Dans les cas où il s'agit d'évaluer la capacité de prendre une décision particulière, il serait logique que le test évalue exactement la capacité de la personne de répondre aux exigences particulières de la décision. Dans d'autres circonstances, comme l'évaluation de la capacité à prendre des décisions liées aux soins de sa propre personne ou à l'administration de ses biens, il serait plus utile d'administrer le test en deux étapes. La première étape servirait à évaluer l'aptitude de la personne à prendre un type de décision. La seconde étape évaluerait les exigences de la situation particulière pour laquelle la capacité est requise. Théoriquement, cette évaluation pourrait se faire selon trois méthodes distinctes :

A. L'ÉVALUATION DE LA PERSONNE SEULE

Dans le cadre de cette approche, les aptitudes de raisonnement de la personne seraient évaluées à partir de questions abstraites ou sans rapport avec les faits réels pour lesquels l'évaluation est nécessaire. L'on a reproché à cette approche de ne pas évaluer comment la personne apprécie la situation particulière[92]. Ses principaux avantages consistent à éviter d'évaluer la capacité sociale de la personne, à permettre l'administration uniforme et efficiente des tests et à permettre d'appliquer les résultats d'un seul test à plusieurs situations différentes où la personne sera appelée à prendre des décisions.

Cependant, il semble s'agir d'une méthode trop grossière d'évaluation de la capacité pour pouvoir être un instrument de mesure équitable et exact de la capacité relative dans la mesure où elle ne tient pas compte de la manière dont la capacité peut se manifester dans le contexte dans lequel elle est exercée, ni des exigences particulières d'une décision donnée. Conformément au principe de la primauté accordée aux droits individuels ainsi qu'à notre reconnaissance de la nature relative de la notion de capacité, une personne ne devrait pas être jugée incapable sans qu'il n'y ait eu d'effort pour l'évaluer plus précisément par rapport au contexte dans lequel elle aura à prendre sa décision, sauf dans les cas manifestes d'incapacité globale.

---

[92] Au mieux, cette forme d'évaluation permet de mesurer l'aptitude à comprendre et peut-être même l'aptitude à apprécier. Cependant, elle ne permet pas de mesurer la compréhension ou l'appréciation effective.

B. L'ÉVALUATION DE LA PERSONNE DANS LE CONTEXTE DÉCISIONNEL

Dans le cadre de cette approche, les personnes sont testées dans le contexte décisionnel, ce qui permet d'évaluer concrètement leur réponse à la situation particulière. Cette approche permet d'évaluer la compréhension et l'appréciation effectives mais sa portée est limitée dans la mesure où les résultats s'appliquent uniquement à la situation particulière. En outre, la mise en oeuvre de cette approche se heurte à des difficultés d'ordre matériel puisqu'il faut soit simuler le contexte soit faire en sorte que les évaluateurs soient présents dans le milieu réel. Ces obstacles peuvent occasionner des frais relativement élevés. Malgré ces désavantages, il s'agit probablement de l'approche par excellence dans la plupart des cas, surtout lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité de prendre une décision particulière d'une grande importance pour la personne appelée à décider.

C. TESTER LA PERSONNE ET LE CONTEXTE SÉPARÉMENT

Cette approche comprend deux évaluations distinctes. Dans un premier temps, on évalue les éléments pertinents des capacités décisionnelles de la personne. Dans un deuxième temps, on mesure les exigences contextuelles d'une décision valide. Les résultats de ces deux évaluations sont ensuite comparés pour connaître la capacité de la personne à prendre la décision en question. Cette approche permet d'apprécier la personne et la tâche. Cependant, elle est plus efficiente dans la mesure où elle permet d'établir des comparaisons entre les capacités démontrées pendant l'évaluation de la personne et les exigences d'une décision particulière pour déterminer si la personne jouit de la capacité nécessaire pour prendre cette décision. Ces évaluations se feraient comme suit :

Dans un premier temps, on évaluerait les capacités de la personne à l'égard du type de décision. Ce test mesurerait les aptitudes fonctionnelles de la personne sur le plan cognitif, sur le plan du raisonnement et sur celui des autres habiletés pertinentes.

Dans un deuxième temps, il faut déterminer les critères qui permettront de dire qu'une personne est capable de prendre une décision particulière. Cette norme pourrait être établie à partir de paramètres comme l'importance de la décision, la nature des conséquences autres, le degré de certitude quant aux conséquences, etc.

Les résultats des évaluations de la personne et du contexte décisionnel seraient ensuite comparés pour déterminer si la personne devrait ou non être jugée capable de prendre la décision[93]. En vue d'améliorer le degré de précision d'une évaluation, les tests pourraient être administrés sur mesure, selon les exigences particulières du type de décision que doit prendre la personne. Par exemple, on pourrait évaluer la capacité décisionnelle par rapport à une décision de traitement, par rapport à des décisions d'ordre financier, par rapport à une demande de divulgation du dossier médical, etc. Lorsque la personne devrait prendre une décision, son score sur l'échelle de la capacité, établi en fonction du domaine d'intérêt, pourrait être comparé à une norme minimale pour ce type de décision. Il serait possible de décider sur cette base si la personne est capable ou non de prendre la décision en question.

D. APPROCHES MÉTHODOLOGIQUES - RÉSUMÉ

Il semble que la meilleure approche soit d'évaluer la personne dans un contexte décisionnel. À l'avenir, il sera peut-être possible de quantifier avec plus de précision les paramètres de la capacité décisionnelle de manière à pouvoir évaluer séparément la personne et le contexte avant de les comparer; toutefois, cette approche ne peut être recommandée à l'heure actuelle.

[93] Il faudrait pour cela administrer des tests qui permettent notamment de connaître, par des indices numériques significatifs, les capacités cognitives de l'individu, ses connaissances sociales pertinentes et ses aptitudes de pensée rationnelle. Il faut espérer que les recherches menées actuellement au Canada et aux États-Unis, notamment les travaux effectués à la Baycrest Competency Clinic, permettront de mettre au point de tels tests dans un avenir rapproché.

X. QUESTIONS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

A. PORTÉE DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

1. Décisions susceptibles d'être visées par les résultats d'évaluation

Pour déterminer dans quelle mesure un jugement de capacité ou d'incapacité porté à propos d'une décision ou d'un type de décision s'applique à d'autres décisions, il faut d'abord déterminer la probabilité que l'évaluation, répétée dans une nouvelle situation, donne un résultat différent. En effet, la capacité de chaque personne peut varier et chaque décision comporte ses propres exigences. L'importance des différences constatées ainsi que les inconvénients et les coûts liés à l'administration répétée du test sont aussi des facteurs dont il faut tenir compte. La portée de l'évaluation de la capacité relative doit être établie d'après les exigences fonctionnelles des décisions dont il est question, eu égard aux facteurs susmentionnés.

2. Période de validité d'une évaluation

La portée de l'évaluation de la capacité décisionnelle est en outre limitée par la période de validité du résultat. Cette période doit être fixée selon la probabilité de changement dans la capacité de la personne. Il faut cependant distinguer entre les personnes qui souffrent d'une incapacité permanente et celles dont l'incapacité est vraisemblablement passagère ou variable. Il semble raisonnable que les personnes souffrant d'affections chroniques à long terme fassent l'objet d'au moins une évaluation annuelle obligatoire, et que cette évaluation ait lieu tous les trois mois dans le cas des affections à court terme, avec possibilité d'une évaluation anticipée en cas de changement d'état. Une nouvelle évaluation en bonne et due forme devrait être faite dès que le dispensateur de soins constate un changement. Autrement, une révision sous la forme d'un test de dépistage devrait être accessible à la personne appelée à prendre une décision, à sa demande. Dans les cas où la capacité est sujette à des fluctuations rapides, il sera peut-être nécessaire d'administrer plusieurs tests pour évaluer plus facilement le niveau général de capacité de la personne et le degré de fluctuation de celle-ci. Dans ces cas, la meilleure solution est peut-être d'administrer le test aussi près que possible du moment où la décision doit être prise.

B. PORTÉE DE L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ

Les limites de la validité d'une évaluation de la capacité doivent être définies en fonction de l'objet de la décision et du temps. Pour que la notion de capacité relative ait du sens, il faut soigneusement limiter la portée de la validité d'une évaluation de la capacité en fonction des types de décisions auxquels l'évaluation pourrait s'appliquer. Les évaluations devraient être répétées au moins une fois par année dans les cas d'incapacité chronique et après trois mois dans les cas d'incapacité temporaire, avec possibilité d'effectuer une évaluation anticipée à la demande du dispensateur de soins ou du décideur.

C. FACTEURS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

Les considérations précédentes et une étude de la littérature nous amènent à dégager un certain nombre de paramètres qui pourraient faire partie de tests de la capacité décisionnelle.

1. Tests de la capacité mentale fonctionnelle

Les tests cliniques qui évaluent le fonctionnement décisionnel ont été abondamment traités par Appelbaum, Grisso, Roth et d'autres; Grisso a notamment étudié plusieurs de ces tests dans un récent ouvrage sur l'évaluation de la capacité décisionnelle[94]. Le présent rapport traitera de quelques-uns de ces tests dans la partie consacrée aux tests proposés. Voici quelques-uns des autres paramètres qui peuvent aider à l'évaluation de la capacité d'une personne :

a. Preuve de mauvaises décisions ou d'inconstance dans la prise de décisions

La preuve qu'une personne prend des décisions socialement inacceptables, par exemple par des gestes qui justifieraient son internement, pourrait être pertinente pour la détermination de l'incapacité. Toutefois, ces renseignements peuvent être préjudiciables et leur utilisation pose donc des problèmes. La distinction entre l'incapacité sociale d'une part, c'est-à-dire le refus de prendre des

[94] T. Grisso *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

décisions conformément aux règles et aux normes sociales, et l'incapacité mentale d'autre part, est souvent floue et confirme que les tests devraient porter avant tout sur des paramètres fonctionnels. Ces considérations, ainsi que le principe de l'autonomie individuelle, empêchent que l'internement ou toute preuve semblable de mauvaises décisions puisse servir de paramètre. Cela ne signifie pas que tous les éléments de preuve quant au comportement qui ont permis d'en arriver à la décision antérieure doivent nécessairement être exclus. Cela signifie plutôt que l'évaluation de la capacité doit être faite au mérite, en s'appuyant sur ses propres preuves.

L'Enquête a reçu un certain nombre d'exposés qui traitaient du rapport entre la capacité et l'internement, et particulièrement du problème des malades internés mais capables. L'internement est un sujet qui déborde sans doute le cadre de l'Enquête. Cette question ne sera donc pas traitée dans le présent rapport. Cependant, les nombreux exposés que nous avons reçus à ce sujet et la corrélation significative existant sur le plan statistique entre l'internement et l'incapacité nous amènent à conclure que cette question mérite d'être étudiée plus à fond.

La preuve d'un changement inexpliqué au niveau des prises de décision semble intuitivement moins préjudiciable et peut aider à corroborer ou à confirmer un changement dans la capacité de la personne. Par conséquent, une preuve claire et non équivoque d'un tel changement peut être appréciée aux fins de l'évaluation de la capacité.

b. Diagnostic de symptômes particuliers

Un diagnostic qui permettrait de confirmer et d'expliquer l'incapacité constitue un autre élément de preuve dont on peut tenir compte aux fins de l'évaluation de la capacité décisionnelle. Cependant, cette approche est controversée. En effet, la corrélation entre les déficiences organiques ou autres déficiences médicalement quantifiables et la perte de capacité fonctionnelle est faible. Par conséquent, le risque que cette preuve cause un préjudice est supérieur à sa valeur probante dans l'évaluation de la capacité. Un autre problème découle des caractéristiques normatives de plusieurs méthodes diagnostiques et de la façon dont les caractéristiques de la personnalité sont parfois qualifiées en termes de pathologies. Malgré ces objections, un diagnostic objectivement corroboré qui permet d'expliquer sans équivoque un comportement pathologique constitue un élément de preuve dont il faudrait tenir compte.

c. Changements dans les modes de comportement

Un changement important et inexpliqué dans la manière dont une personne s'y prend pour prendre une décision peut corroborer l'hypothèse selon laquelle l'affection a une incidence sur la capacité de la personne. Inversement, si la personnalité de la personne et ses modèles décisionnels n'ont pas changé, cela réfuterait l'hypothèse selon laquelle l'affection a diminué la capacité de la personne. Toutefois, il n'est pas permis de présumer qu'une personne qui change d'avis ou de comportement est nécessairement malade. Mais cela peut aider à comprendre les personnes âgées qui ont acquis des préférences et adopté des modes de comportement figés.

2. L'utilisation d'échelles variables pour modifier le test

Les observations du Comité consultatif et les exposés reçus par l'Enquête ont mis en évidence la différence importante qui existe entre l'approche médicale et l'approche juridique de cette question. Le modèle médical pose le problème en termes de processus de rétablissement, obtenu grâce au diagnostic et au traitement. L'approche juridique n'admet pas sans réserve l'efficacité et le caractère primordial du traitement par rapport aux autres valeurs sociales et favorise plutôt une intervention polyvalente. Pour cette raison, l'utilisation d'échelles variables, où les paramètres des tests cliniques varient en fonction des conséquences, semble se rapprocher davantage du processus clinique. Les tenants de l'utilisation des échelles variables soutiennent que la souplesse des normes de test peut minimiser les interventions et favorise l'affectation rationnelle des ressources économiques. Toutefois, il faut signaler qu'il existe deux acceptions de la notion d'échelle variable et que ceci est parfois source de confusion.

Selon la première acception, la difficulté du test varie en fonction du type de décision qui doit être prise : il s'agit de l'échelle variable «contextuelle». L'un des paramètres de cette forme d'échelle variable est l'importance qu'accorde la personne appelée à prendre une décision à l'objet de celle-ci; par contre, cette échelle variable ne tient pas compte du choix de la personne qui doit prendre la décision. L'échelle variable contextuelle est conforme aux exigences d'impartialité de la procédure équitable, et elle est en accord avec l'évaluation de la capacité comprise comme une notion marginale.

Selon la seconde acception, le niveau de difficulté du test de capacité varie

en fonction du choix de la personne, et plus particulièrement des conséquences attendues de ce choix : nous parlons alors d'échelle variable «des conséquences». L'utilisation d'une échelle variable des conséquences fait l'objet de critiques parce qu'elle tend à permettre aux autorités d'imposer leur opinion de ce que devrait être le choix correct dans une situation donnée et qu'elle empiète sur la liberté individuelle.

Les facteurs suivants peuvent être employés dans ces deux formes d'échelles variables :

a. Complexité de l'information et de la décision

La complexité de l'information que la personne devra comprendre avant d'en arriver à une décision réfléchie est généralement un facteur pertinent pour évaluer si la personne possède une capacité mentale suffisante pour prendre une décision donnée. Il est généralement admis que la complexité peut faire partie des paramètres d'une échelle variable contextuelle, et ceci ne soulève pas de controverse. Les paramètres de complexité dépendent du contexte décisionnel, mais ils incluent toujours des considérations comme le nombre de facteurs à pondérer, la nature des relations entre ces variables, le nombre des options et la complexité des conséquences qui découleront du choix de toute option donnée.

b. La nature des autres choix possibles

L'existence d'options, la nature et la complexité de celles-ci et la difficulté de les comparer entre elles sont autant de facteurs importants à considérer pour évaluer la complexité de l'information qui doit être comprise par la personne appelée à prendre la décision.

c. L'importance de la décision pour son auteur

L'importance de la décision pour son auteur peut être étudiée à deux égards. Premièrement, d'après l'importance générale qu'accorde la personne à la décision en question, comme le fait l'échelle variable contextuelle. Le deuxième aspect, c'est-à-dire l'appréciation des conséquences qui découleront probablement du choix, est propre à l'échelle variable des conséquences. Comme nous l'avons souligné précédemment, le fait d'utiliser les conséquences comme facteur soulève davantage

de controverses. Cette approche impose à la personne le fardeau de prouver qu'elle a des aptitudes plus grandes lorsqu'il s'agit de prendre une décision qui entraînera des conséquences fâcheuses que lorsqu'il s'agit d'en prendre une dont le rapport avantages-conséquences fâcheuses est plus favorable.

Le fait de tenir compte de l'importance de la décision dans une échelle variable contextuelle peut favoriser l'autonomie individuelle car il permet aux personnes de prendre des décisions de peu d'importance sans entrave. Cet élément pourrait faire partie d'un test du seuil, en plus de servir de facteur dans l'évaluation de la capacité décisionnelle proprement dite.

d. Réversibilité des conséquences de la décision

La réversibilité de la décision est un facteur dans l'évaluation de l'importance de la décision pour le décideur. Les décisions réversibles sont généralement moins importantes que celles qui entraînent des conséquences irréversibles.

e. Certitude des conséquences

Le caractère certain des conséquences est un facteur dont on devrait tenir compte dans l'appréciation des conséquences elles-mêmes. Étant donné notre préjugé favorable à l'égard du libre arbitre des personnes, un test de la capacité moins sévère serait indiqué dans les cas où le degré d'incertitude est plus élevé. Dans ces circonstances, la volonté de la personne mérite d'être respectée puisque son choix peut être aussi valable que les alternatives.

f. Importance de la décision pour autrui

L'évaluation de la capacité décisionnelle peut avoir des répercussions profondes sur les proches de la personne en question. Quoique le modèle juridique du *parens patriae* ne tienne pas compte de l'effet de la décision sur autrui, certains arguments militent en faveur d'une perspective sociale plus large qui tiendrait compte de ces répercussions. Cependant, dans l'ensemble, les abus éventuels que pourrait entraîner une appréciation fondée sur les répercussions de la décision de la personne sur autrui et la primauté accordée aux libertés individuelles nous amènent à conclure qu'il faut accorder peu ou pas d'importance à ce facteur.

g. Procédures de prise de décision en qualité de substitut

La disponibilité et la forme que prennent les dispositions quant à la prise de décision subrogée formelle et informelle sont potentiellement pertinentes de deux manières.

Premièrement, en ce qui concerne le processus de prise de décision subrogée formel, un équilibre adéquat des intérêts impliqués dans la détermination de la capacité décisionnelle doit refléter les conséquences d'un jugement d'incapacité. Celles-ci comprennent la manière dont la décision en question sera prise, et le modèle de l'intérêt véritable qui fournira le fondement de la décision. Avant qu'un individu ne soit jugé incapable et privé du pouvoir de prendre des décisions, il est important que le projet de prise de décision subrogée représente une amélioration importante par rapport au fait d'autoriser la personne à prendre cette même décision, qu'il serve à minimiser la restriction apportée aux libertés et à l'autonomie de la personne, prenne sa vision des choses (passée et actuelle) en considération, et fournisse des garanties procédurales qui permettent de détecter les situations d'abus et d'y remédier. Des déficiences dans le projet de prise de décision subrogée justifierait l'abaissement des exigences nécessaires pour qu'une personne soit jugée capable, de façon à autoriser plus d'individus à prendre leurs propres décisions dans les cas douteux.

Deuxièmement, en ce qui concerne les projets de prise de décision subrogée officieux, la suggestion a été faite que, dans nombre de contextes, il est déraisonnable d'exiger que les personnes soient capables de prendre des décisions complexes qui mettent en jeu une connaissance ou une compétence technique particulière. Ces types de décisions sont habituellement pris par les individus avec l'aide d'experts. Plus précisément, l'exposé de l'OMA à l'Enquête suggère que dans le contexte de traitement les malades n'ont pas besoin d'être capables de prendre une décision concernant le traitement, à condition qu'ils soient capables de faire confiance au médecin ou au psychiatre pour administrer le traitement qui convient[95]. Ceci sert efficacement à remplacer l'exigence que l'aptitude décisionnelle se manifeste dans la prise de la «décision» par l'exigence qu'elle se manifeste dans l'aptitude nécessaire soit pour déléguer un pouvoir, soit pour nommer un substitut pour prendre la décision. Cette question demande que l'on fasse référence à la

[95] Des arguments comparables peuvent bien sûr être avancés au nom des avocats, des comptables, ou d'autres professionnels, mais, étant donné le centre d'intérêt de l'Enquête, les questions médicales et psychiatriques sont de toute évidence d'une pertinence plus immédiate.

discussion antérieure des objectifs sous-jacents de l'évaluation de la capacité et, comme on l'avait alors noté, nous avons en général recommandé que cette question soit résolue de manière à respecter le choix de la personne, en excluant la possibilité d'une coercition institutionnelle.

h. L'élimination des biais

Par le passé, les procédures d'évaluation de la capacité décisionnelle ont fait l'objet de critiques parce qu'elles favorisaient certains groupes de personnes en raison de leur race, de leur langue, de leur sexe ou de leur âge. À cet égard, il faut toujours veiller à ce que les critères et les tests soient formulés dans un langage aussi simple et aussi neutre que possible. En outre, les procédures employées doivent tenir compte des différences entre les personnes qui passent les tests et doivent favoriser le bien-être et la performance de celles-ci. Dans certains cas, il pourra être nécessaire d'administrer les tests à domicile, de déléguer certaines fonctions d'évaluation à des personnes qui sont plus près du sujet et de prendre d'autres mesures qui réduiront les effets éventuels de ces différences. L'administration inter-culturelle de tests de la capacité décisionnelle comporte certaines difficultés inhérentes. Dans les cas où les différences culturelles risquent de créer un facteur d'incertitude, celles-ci devraient être compensées par une réduction des exigences à satisfaire pour qu'une personne soit jugée apte à prendre une décision, sauf lorsqu'il existe déjà des facteurs atténuants, comme le fait d'administrer le test par une personne du même groupe d'âge que le sujet.

D. FACTEURS À CONSIDÉRER DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ - RÉSUMÉ

Les facteurs susmentionnés représentent quelques-uns des facteurs dont il faudrait tenir compte dans l'évaluation de la capacité de la personne. Les principaux facteurs se rapportent aux capacités fonctionnelles de la personne. D'autres se rapportent à la personne elle-même, comme le changement dans les pratiques décisionnelles et dans les diagnostics cliniques. Ces facteurs méritent tout au plus de recevoir une attention secondaire. L'utilisation de paramètres situationnels dépend beaucoup de la nature de la décision et variera en fonction du contexte. Cependant, la capacité exigée sera généralement proportionnelle à la complexité de l'information et à l'importance de la décision. Les exigences en matière de capacité augmenteront proportionnellement à l'importance de la décision et diminueront dans la mesure où l'incertitude quant aux conséquences est grande.

Lorsque ces exigences sont inférieures à un certain niveau, il ne devrait plus être possible de contester la volonté de la personne.

E. CONTEXTES DES TESTS SUR LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

1. Capacité de prendre des décisions par rapport au traitement et aux essais cliniques

La capacité de prendre des décisions dans le contexte d'un traitement est une condition nécessaire mais pas suffisante d'un consentement éclairé. Même si la *Loi sur la santé mentale* ne donne aucune définition explicite du consentement éclairé, un récent projet de loi de l'État du Connecticut intitulé *Act Concerning Patient's Rights* reprend la définition généralement acceptée de la notion de consentement éclairé : «[Traduction] Le consentement éclairé signifie la permission accordée volontairement sur la foi de la **connaissance** et de la **compréhension** des implications, des conséquences, des complications possibles, et des effets d'une telle permission, des alternatives médicalement acceptables ainsi que des risques liés au fait de ne pas subir le traitement[96].» Les critères généralement admis en matière de consentement éclairé sont la **pertinence**, le **caractère volontaire** et la **capacité**[97].

La pertinence, dans ce contexte admet les deux acceptions suivantes :

1. L'exactitude, la précision et la validité des données qui permettent d'établir une corrélation entre le traitement et les options d'une part, et les avantages, c'est-à dire l'efficacité physiologique et clinique, notamment au niveau de la qualité de vie, et les risques, d'autre part. Ce calcul consiste à déterminer les probabilités que le traitement produira les effets thérapeutiques souhaités,

---

[96] Cité dans «Testimony of the Office of Protection and Advocacy for Handicapped and Developmentally Disabled Persons Before the Judiciary Committee on 'An Act Concerning Patients Rights'» réimprimé dans «Peer Advocate - A Voice of Former Psychiatric Inmates & Survivors of the Neuropsychiatric System», avril 1989.

[97] *Reibl c. Hughes* (1980), [1980] 2 R.C.S. 880, 114 D.L.R. (3d) 1, 14 C.C.L.T. 1 est l'arrêt canadien le plus important à ce sujet. Ce jugement poursuit le raisonnement amorcé dans un arrêt précédent du même tribunal *Hopp c. Lepp* (1980), 13 C.C.L.T. 66, [1980] 4 W.W.R. 645. L'arrêt *Reibl c. Hughes* fait référence à l'arrêt *Canterbury v. Spence* (1972), 464 F. 2d 772 et adopte le critère du malade objectif proposé dans celui-ci, quoique le tribunal semble confondre l'importance relative des caractéristiques subjectives du malade par rapport aux critères objectifs. Voir l'annexe II pour une discussion plus approfondie de l'arrêt *Hopp c. Lepp*. Voir l'annexe IV pour une discussion plus approfondie de l'arrêt *Canterbury v. Spence*.

qu'il ne les produira pas ou qu'il aura pour effet d'empirer l'affection traitée. La même analyse doit être faite pour les effets secondaires éventuels.

2. L'opportunité ou la pertinence pour le décideur,

c'est-à-dire le malade, comprend une évaluation de l'importance de l'information pour pouvoir prendre la décision visée. L'évaluation de la pertinence prise en ce sens porterait notamment sur la conscience qu'a le décideur de l'importance de ces renseignements par rapport à son affection. Ce critère tient notamment compte de l'urgence de la situation et de la disponibilité d'alternatives efficaces. Parmi les autres considérations importantes, mentionnons la connaissance des caractéristiques du décideur, notamment sa profession, ses intérêts, ses passe-temps et autres qualités semblables qui pourraient vraisemblablement avoir une incidence sur son appréciation des conséquences.

Il existe trois normes reconnues pour la divulgation de l'information en vue d'obtenir un consentement éclairé:

1. La norme professionnelle, c'est-à-dire la quantité d'information qui serait divulguée par le médecin moyen. Le désavantage de cette norme est qu'elle dépend trop de la pratique médicale et qu'elle n'est pas suffisamment axée sur le malade.

2. Le critère de l'arrêt *Canterbury* - le critère du malade objectif, c'est-à-dire l'information qu'un malade raisonnable voudrait connaître dans les circonstances. Il s'agit du critère préféré pour déterminer la pertinence des renseignements à divulguer.

3. Le critère de l'arrêt *McPherson* - le critère du malade subjectif, c'est-à-dire l'information que le malade lui-même voudrait savoir dans les circonstances. Cette norme est trop subjective pour qu'un tribunal puisse l'apprécier convenablement.

Comme nous l'avons mentionné dans la note précédente, le critère utilisé au Canada, depuis l'arrêt *Reibl c. Hughes*, est essentiellement le critère de l'arrêt *Canterbury*, quoiqu'atténué par une appréciation limitée des caractéristiques subjectives du malade en question.

Dans le domaine des essais cliniques, il faut se rappeler que dans certains cas l'on ne s'attend pas à ce que les sujets obtiennent des bienfaits physiologiques de la recherche. Toutefois, le critère de la pertinence, selon sa seconde acception,

serait satisfait si le malade était pleinement informé du fait que l'intervention ne lui apporterait vraisemblablement aucun bienfait thérapeutique.

Le caractère volontaire est particulièrement pertinent dans le cas du traitement des personnes vulnérables comme les détenus, les personnes souffrant d'un trouble du développement et de maladie mentale, les enfants et les personnes âgées, surtout si le traitement est administré en établissement. Le traitement peut être lié à des mesures coercitives, notamment des promesses de libération, de privilèges accrus, ou de rémunération. La question du caractère volontaire est en outre importante dans le cas des essais cliniques, surtout s'ils portent sur des personnes vulnérables. Enfin, le caractère volontaire peut être compromis par le déséquilibre des pouvoirs qui peut exister dans les rapports entre le médecin et le malade et par l'exercice de la prérogative d'«expert».

Le contexte dans lequel l'évaluation est faite peut aussi avoir une incidence sur la capacité décisionnelle à l'égard du traitement. Les malades internés depuis longtemps se sont montrés particulièrement sensibles aux systèmes de valeurs des établissements, qui peuvent affecter de façon plus ou moins subtile leur aptitude à prendre des décisions autonomes.

Le droit de refuser le traitement est un corollaire logique de l'exigence du consentement éclairé. Lorsqu'il est établi avec certitude que le malade est capable, pleinement informé et libre d'agir selon sa volonté, il s'ensuit que le sujet a alors le droit de choisir d'accepter ou de refuser le traitement recommandé.

Les facteurs qui peuvent avoir une incidence sur la manière dont les décisions à l'égard du traitement sont prises sont les suivants :

le contexte, c'est-à-dire l'endroit où la décision est prise;
les affections qui empêchent la communication, c'est-à-dire des problèmes de vue, d'ouïe et de parole;
la douleur physique ou mentale, le stress, l'abus d'influence ou la contrainte;
l'effet de persuasion et l'idéologie de la personne qui présente l'information;
la psychologie de la prise de décision, c'est-à-dire le biais occasionné par la manière dont l'information a été présentée;
l'amélioration de la compréhension par l'administration directe du test et les essais multiples;
les moyens heuristiques, notamment les moyens suivants :
le caractère représentatif, c'est-à-dire la tendance de l'expert à prendre une décision à l'égard d'une situation «x» en se fondant sur sa ressemblance avec

la situation «y» plutôt que sur l'information à propos de «x»;
la disponibilité, c'est-à-dire la tendance à déterminer une notion de probabilité en se fondant sur la fréquence avec laquelle un événement comparable semble se produire; le résultat est le même que dans le cas du caractère représentatif, sauf qu'il met l'accent sur la disponibilité de l'information au sujet d'un autre événement;
l'ancrage, c'est-à-dire la tendance à percevoir les expériences selon les attentes des observateurs[98].

Le droit en matière de consentement éclairé est fondé sur une série d'hypothèses sur la nature et sur le sens de l'existence humaine qui, en pratique, appuient le droit des personnes capables à maîtriser leur corps et leur vie de manière à ce qu'elles ne puissent pas être contraintes de subir un traitement qu'elles ne veulent pas[99]. Ces principes sont reconnus par la common law et la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario. Ils constituent la principale source de droit dans ce domaine. L'autonomie, l'indépendance et le libre arbitre demeurent des principes juridiques fondamentaux. En revanche, ces principes sont limités en pratique par un certain nombre de facteurs qui en réduisent la mise en oeuvre et l'application complète et qui ont donc des répercussions importantes sur la manière dont les décisions à l'égard du traitement sont prises et sur l'évaluation de la capacité de prendre ces décisions.

Les séjours prolongés dans un «établissement clos» compromettent sérieusement le libre arbitre des personnes qui y sont hospitalisées ou internées, puisque celles-ci tendent à adopter les points de vue des dirigeants de ces établissements. De la même manière, une personne institutionnalisée qui souffre d'une affection médicale aiguë peut se sentir moins apte à exprimer sa volonté. Ces considérations devraient inciter à une plus grande prudence dans les cas où il

---

[98] Comme nous l'avons signalé à la section précédente, il faut éviter de diagnostiquer selon les attentes plutôt qu'à partir des faits. Voir R.E. Kendell «An Important Source of Bias Affecting Ratings Made by Psychiatrists». (1968) 6 Journal of Psychiatric Research, à la p. 135.

[99] En outre, des études ont démontré que le consentement éclairé et le fait d'informer les malades ont parfois des effets thérapeutiques bénéfiques sans provoquer une augmentation importante de l'angoisse, contrairement à ce que certains auteurs avaient d'abord avancé. Voir D.T. Vernon et D.A. Bigelow «Effect of Information about a Potentially Stressful Situation on Responses to Stress Impact». (1974) 29 Journal of Personality and Social Psychology, à la p. 50 et J.M. Andrews «Recovery from Surgery With and Without Preparatory Instructions for Three Coping Styles». (1970) 15 Journal of Personality and Social Psychology, à la p. 223. Ces préoccupations sont néanmoins accessoires et relativement insignifiantes si on les compare aux intérêts plus importants en matière d'autonomie individuelle qui sous-tendent les exigences juridiques dans ce domaine.

faut obtenir le consentement éclairé de personnes dans ces situations.

Les personnes qui subissent un traitement sont particulièrement susceptibles d'éprouver les problèmes de communication dont il a été question dans les autres sections du présent rapport. Il faut donc pondérer les résultats à la lumière de ces problèmes pour éviter les évaluations d'incapacité erronées.

Le contexte dans lequel une décision est prise peut avoir une incidence sur la capacité de la personne appelée à la prendre. Dans son étude sur des malades hautement scolarisées souffrant d'un cancer du sein, Cassileth a démontré que les circonstances dans lesquelles les décisions à l'égard du traitement sont prises ont une incidence sur la capacité des malades de comprendre les avantages et les risques des traitements disponibles[100]. Dans cette étude, 200 malades avaient été informées de leur diagnostic et avaient obtenu de l'information sur la chimiothérapie, la radiothérapie et la chirurgie. Elles avaient signé une formule de consentement éclairé et le lendemain, il leur a fallu remplir un questionnaire pour déterminer ce qu'elles avaient compris et retenu au sujet de ces options de traitment. Seulement 50 pour cent des malades avaient compris la nature et le but du traitement et environ 5 pour cent étaient en mesure de nommer une complication. Seulement 40 pour cent des malades semblaient avoir lu la formule attentivement.

L'idéologie du médecin, qu'il exprime à travers son diagnostic et ses attentes thérapeutiques, a un effet important sur l'évaluation de la personne appelée à prendre la décision et la manière dont le traitement proposé lui est présenté. La tendance à projeter ses attentes diagnostiques a été traitée à la section sur l'évaluation formelle et ne sera plus discutée dans ce contexte[101]. La manière dont l'information sur le traitement proposé est présentée est un élément important du consentement éclairé et elle a des répercussions importantes aux niveaux thérapeutique et décisionnel. Les répercussions thérapeutiques se manifestent par l'effet placebo et la mesure dans laquelle la guérison ou la non-guérison est

[100] B. Cassileth, R. Zupkis et K. Sutton-Smith «Informed Consent - Why are its Goals Imperfectly Realized?» (1980) 202 New England Journal of Medicine, à la p. 896.

[101] Voir R.E. Kendell «An Important Source of Bias Affecting Ratings Made by Psychiatrists». (1968) 6 Journal of Psychiatric Research, à la p. 135.

conditionnée par les attentes de la personne à l'égard du traitement[102]. En outre, il a été signalé que malgré les précautions qui font partie des études à simple ou à double insu, les attentes des chercheurs peuvent amplifier l'effet placebo «normal» et donner lieu à des évaluations qui exagèrent l'efficacité thérapeutique d'un traitement. Dans une étude qui portait sur l'efficacité signalée de cinq traitements inefficaces de l'angine de poitrine, Benson et McCallie ont constaté que les premières études à simple ou à double insu menées par des chercheurs qui croyaient au traitement faisaient état d'un taux d'efficacité qui variait entre 70 et 90 pour cent, alors que des études subséquentes, menées par des chercheurs plus sceptiques, ont permis de constater un taux d'efficacité de 30 à 40 pour cent, c'est-à-dire l'effet placebo normal[103]. Les effets thérapeutiques éventuels qui peuvent résulter d'une évaluation exagérément optimiste des bienfaits du traitement proposé par le dispensateur de soins doivent être évalués par rapport aux exigences juridiques en matière de consentement éclairé, aux fondements scientifiques de notre système de santé et aux bienfaits psychologiques reconnus dans les cas où les malades sont pleinement informés de l'intervention médicale et où on leur permet de prendre part aux décisions à l'égard de leur propre traitement.

La façon dont les options sont formulées et présentées par le conseiller expert peut avoir des répercussions importantes sur la manière dont les personnes les choisissent et remet en cause quelques-unes de nos hypothèses fondamentales sur le processus de prise de décision en général. Il est généralement admis que les gens prennent une décision en se fondant sur une appréciation rationnelle des conséquences des diverses alternatives. Il est couramment admis qu'une personne raisonnable exerce des choix qui sont, à tout le moins, conséquents et cohérents. Cependant, des recherches ont démontré que les personnes contreviennent systématiquement aux principes de la conséquence et de la cohérence lorsqu'elles prennent des décisions, et ont dégagé un certain nombre de principes psychologiques[104] qui devraient être intégrés aux processus de présentation de

---

[102] Voir T. Siben «Placebo Therapy: The Ethical Dimension». (1979) 242 Journal of the American Medical Association, à la p. 245.

[103] Voir H. Benson et D. McCallie Jr. «Angina Pectoris and the Placebo Effect». (1979) 300 New England Journal of Medicine, p. 1424.

[104] Voir A. Tversky et D. Kahneman «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice». (1981), 211 Science, à la p. 453, où les auteurs décrivent les résultats d'un certain nombre d'expériences à ce sujet et posent quelques principes pour expliquer les résultats.

l'information au décideur[105]. Les résultats d'une expérience menée auprès d'étudiants universitaires illustrent de manière frappante la manière dont la présentation de l'information peut avoir une incidence sur les choix exercés. L'hypothèse suivante était proposée aux étudiants : une maladie allait certainement causer le décès de 600 personnes si elle n'était pas traitée. On a ensuite posé deux questions aux étudiants, qui en pratique revenaient au même, mais étaient formulées différemment. Dans la première question, il fallait choisir entre deux options : la première permettrait de sauver certainement 200 vies et la seconde ferait en sorte qu'il y aurait une chance sur trois que 600 vies soient sauvées. Dans la seconde question, il fallait aussi choisir entre deux options: la première causerait certainement le décès de 400 personnes et la seconde ferait en sorte qu'il n'y aurait qu'une chance sur trois que 600 vies soient sauvées. À la première question, 72 % des gens ont choisi la première option, alors que seulement 22 % ont choisi cette option à la seconde question. 50 % des personnes qui ont répondu ont donc changé leur décision uniquement parce que la formulation de la question avait changé, selon que les options étaient exprimées en termes de vies sauvées ou de décès[106]. Cette expérience montre que lorsque des gens sont appelés à faire des choix qui portent sur des gains ou sur des avantages, ils n'aiment pas prendre de risques; par contre, lorsqu'ils doivent exercer un choix qui porte sur des pertes, les gens prennent des risques. Cependant, dans l'expérience précitée, la préférence manifestée par les personnes interrogées n'était pas attribuable à un véritable changement des conséquences de la décision, mais uniquement à un changement de la formulation.

Les mêmes chercheurs ont relevé d'autres caractéristiques intéressantes et anormales dans le comportement des personnes qui prennent une décision. Cette étude a permis de découvrir que la préférence des personnes ne pouvait pas toujours être représentée par la courbe régulière en S propre aux théories économiques de l'utilité marginale. La préférence pouvait aussi varier selon un certain nombre de facteurs particuliers : par exemple, les gens omettent parfois de

---

[105] Les recherches qui démontrent les répercussions des variations de la manière dont on présente l'information sur le choix d'alternatives de traitement sont rapportées par B.J. McNeil, S.G. Pauker, H.C. Sox et A. Tversky «On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies». (1982) 306 New England Journal of Medicine, à la p. 1259.

[106] A. Tversky et D. Kahneman «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice». (1981) 211 Science 453, à la p. 453. Les options proposées dans les deux questions sont identiques : selon la première option, il est certain que 200 vies seront sauvées et que 400 personnes décéderont. Selon la seconde option, il y a une chance sur trois que 600 personnes auront la vie sauve et deux chances sur trois qu'il y aura 600 décès.

comparer des données connues avant de soupeser efficacement les options en vue de prendre une décision[107]; il existe aussi des différences entre les probabilités décisionnelles perçues ou effectives d'une part et la probabilité réelle sur laquelle la personne se fonde pour prendre une décision[108]. Enfin, chacun peut traiter différemment les pertes et les gains selon son propre cadre de référence et d'autres facteurs comme l'appréciation des conséquences par rapport à une sorte de norme minimale psychologique[109]. En plus de conditionner les choix exercés par les personnes appelées à décider, le cadre de référence choisi peut en outre avoir une incidence sur la manière dont ces personnes perçoivent les conséquences de leur choix, multipliant ainsi le nombre de considérations éthiques liées au choix du cadre décisionnel.

Une étude a permis de démontrer que le choix d'un traitement médical peut varier considérablement en fonction des facteurs susmentionnés[110]. L'étude a porté sur trois groupes de sujets : des malades, des diplômés et des médecins. Ces personnes devaient choisir entre deux traitements proposés contre le cancer du poumon. Les sujets avaient le choix entre la chirurgie, qui offrait de meilleures chances de survie après cinq ans, et la radiothérapie, qui offrait de meilleures chances de survie à court terme, c'est-à-dire un an, mais dont les chances de survie étaient moins élevées à plus long terme. L'étude a permis de constater que le choix du traitement variait beaucoup dans chacun des groupes selon que les chances de survie étaient exprimées en termes de décès ou de survie. Lorsque les options étaient exprimées en termes de probabilité de survie, la proportion de gens interrogés qui décidait en faveur de la chirurgie était plus élevée que lorsque l'alternative était exprimée en termes de probabilité de décès, probablement à cause d'une plus grande conscience des risques de décès périopératoire[111]. Les chercheurs ont été étonnés de constater que cet effet «[Traduction] était aussi répandu chez les médecins, qui jouissaient d'une expérience considérable dans

---

[107] Ibid, à la p. 454.

[108] Ibid, aux pp. 455 et 456, la certitude et la pseudo-certitude sont deux explications parmi d'autres de ces anomalies.

[109] Ibid, pp. 546-547.

[110] Voir B.J. McNeil, S.G. Pauker, H.C. Sox et A. Tversky «On the Elicitation of Preference for Alternative Therapies». (1982) 306 New England Journal of Medecine, à la p. 1259, où il est question des expériences et des recherches traitées précédemment.

[111] Ibid, à la p. 1262.

l'évaluation des données médicales, et chez les diplômés, qui avaient reçu une formation en statistique, que chez les malades, qui n'avaient ni l'une ni l'autre»[112]. La conclusion de ce rapport se lisait comme suit[113] :

> [Traduction]
>
> L'on serait porté à conclure, à la lumière de cette étude, qu'il est inutile d'élaborer des méthodes qui permettent aux malades d'exprimer leurs préférences, puisque qu'ils sont si sensibles à la manière dont les données sont présentées, aux suggestions implicites et aux autres biais. Néanmoins, il faut signaler que les préférences exprimées par les médecins, qui conditionneront vraisemblablement les conseils qu'ils donneront à leurs malades, étaient sujets aux mêmes biais. En outre, rien ne porte à croire que les méthodes moins formalistes, par lesquelles les traitements sont décrits en termes généraux sans données statistiques quantitatives sont moins vulnérables aux effets observés dans le cas des autres méthodes de présentation de l'information.
>
> Le fait de varier les façons de présenter les données peut servir à évaluer le degré de sensibilité de la préférence par rapport aux options. Par exemple, si un malade préfère toujours la chirurgie à la radiothérapie, que les données lui aient été présentées sous forme de probabilités cumulatives ou sous forme d'espérance de vie ou qu'elles lui aient été présentées en parlant de mortalité ou de survie, l'on peut présumer que la préférence est raisonnablement certaine. Si, d'autre part, le malade exprimait une nouvelle préférence après qu'on lui ait présenté l'information de manière différente, il faudrait sans doute tenter d'obtenir des données complémentaires en poursuivant les discussions et les analyses. Nous sommes d'avis qu'une meilleure connaissance des effets de la présentation par les médecins et aux malades pourrait réduire les biais et améliorer la qualité des décisions médicales.

À la lumière de ce qui précède, les critères qui permettent d'évaluer si le consentement est véritablement éclairé devraient tenir compte des limites de la faculté de raisonnement des personnes. Il faudrait en outre poser la question selon divers points de vue pour atténuer les effets que la formulation pourrait avoir sur la réponse[114].

Ces recherches, et la facilité avec laquelle il est possible de conditionner les choix par la formulation de la question, montrent à quel point plusieurs personnes pourraient échouer un simple test de compréhension dans la mesure où l'on pourrait démontrer qu'elles ont fait preuve d'un manque de rigueur ou de cohérence dans leurs décisions. Cette étude démontre en outre le rapport étroit

---

[112] Ibid.

[113] Ibid, p. 1262.

[114] Dans la plupart des cas, cela voudrait dire que l'information sur le rapport coûts/avantages devrait être présentée de manière à mettre en évidence la probabilité et les conséquences d'un succès ainsi que la probabilité et les conséquence d'un échec. De la même manière, les personnes appelées à décider devraient être informées des autres tendances, notamment de celles qui se rapportent aux effets de certitude et de pseudo-certitude pour qu'ils en soient conscients.

qui existe entre le contexte décisionnel et la capacité de la personne dans ce contexte. Par ailleurs, arguant de la preuve que même des personnes d'une grande intelligence ont tendance à prendre des décisions irrationnelles et qu'elles sont conditionnées dans leur choix par la manière dont l'information est présentée, certains voudraient que les malades puissent s'en remettre aux autorités médicales et renoncer à leurs droits au consentement éclairé. Quoique certaines personnes «capables» puissent préférer cette formule, et que celle-ci devrait être disponible, le principe de l'autonomie du malade devrait plutôt nous inciter à mettre au point, à la lumière de ces données, des techniques pour neutraliser les effets de ces facteurs et faire en sorte qu'un malade soit en mesure de prendre davantage de décisions concernant les services médicaux.

La corrélation entre la manière de présenter l'information et la capacité produit certains autres effets importants qui peuvent avoir une incidence sur la réalisation des objectifs en matière de consentement éclairé. Après avoir noté les difficultés pratiques inhérentes à l'application des exigences en matière de consentement éclairé[115], Taub et Baker suggèrent qu'un protocole d'administration des tests directs pourrait aider à réaliser les objectifs du consentement éclairé, et, dans le cas des personnes incapables, à respecter les exigences à l'égard du consentement du représentant. En outre, leurs études ont montré que le fait d'administrer des tests de mémoire et de compréhension permettait d'améliorer la compréhension et la capacité décisionnelle apparente de la personne. Divers tests de compréhension avaient été administrés. Pendant le premier test, les participants pouvaient consulter la documentation écrite pendant qu'ils répondaient aux questions. Au cours du deuxième test, la consultation était pareillement permise et était suivie d'une rétroaction et de la correction immédiate des réponses inexactes. Le troisième test pouvait être administré jusqu'à trois fois avec rétroaction et possibilité de corriger les erreurs. Tous les participants devaient répondre à une même série de questions en plus d'une série de questions supplémentaires. Les résultats des deux premiers tests ont indiqué que «[Traduction] les pertes relatives que l'on avait attribuées à un niveau insuffisant

[115] Voir H.A. Taub et M.T. Baker «A Reevaluation of Informed Consent in the Elderly: A Method of Improving Comprehension Through Direct Testing». (1983) Clinical Psychology 17, à la p. 17 et H.A. Taub et M.T. Baker «The Effect of Repeated Testing upon Comprehension of Informed Consent Materials» by Elderly Volunteers». (1983) 9 Experimental Aging Research 135, à la p. 135. Ces ouvrages signalent que les problèmes de manque de compréhension sont fréquents et que malgré la lecture des feuilles d'information et le respect des exigences en matière de consentement écrit, «[Traduction] les sujets qui prenaient part aux projets de recherche ignoraient même qu'ils participaient à une étude». Ils ont en outre signalé que ces lacunes ont mené quelques auteurs à conclure que «[Traduction] l'objectif du consentement entièrement éclairé est irréaliste et impossible à atteindre.»

de connaissances lexicales étaient peut-être dues plutôt à une compréhension incomplète de l'information» et qu' «[Traduction] une importante amélioration de la mémoire à tous les niveaux de connaissances lexicales avait été constatée par rapport au groupe qui n'avait pas subi le test de compréhension[116].» Les résultats ont montré que les tests par essais multiples ont «[Traduction] très bien réussi à améliorer de façon appréciable les scores de compréhension»[117]. Les chercheurs en sont arrivés à la conclusion suivante[118] :

> [Traduction]
> ...si nous intégrons ces tests dans le processus de consentement éclairé, nous pouvons éliminer les problèmes qui découlent d'une mauvaise mémorisation de l'information présentée. Les tests de compréhension fourniraient un état permanent du niveau de connaissances au moment des formalités initiales. Deuxièmement, les réponses fournies à chaque test permettent d'évaluer directement la clarté de l'information présentée. Ces données peuvent être généralement utilisées pour améliorer la présentation globale et, dans le cas de chaque volontaire, pour déterminer les éléments d'information sur lesquels il faut insister ou ceux qu'il faut simplifier ou clarifier pendant la rétroaction.
>
> Le troisième avantage des essais multiples de compréhension, et peut-être le plus important, est que l'on peut les utiliser comme outil de dépistage pour savoir quelles personnes âgées sont incapables de comprendre l'information.

Dans une étude subséquente, les mêmes auteurs ont voulu vérifier les effets que l'administration de tests à essais multiples pouvait avoir sur la compréhension. Ils ont donc administré les tests à des personnes appartenant à quatre sous-groupes de connaissances lexicales différentes à l'échelle d'intelligence pour adultes de Wechsler (WAIS). Ils ont en outre employé deux formules dont les niveaux de difficulté de lecture étaient différents. En plus de confirmer l'existence, déjà observée, «[Traduction] d'importants défauts de compréhension qui variaient en fonction inverse du niveau des connaissances lexicales»[119], cette étude a permis

---

[116] H.A. Taub et M.T. Baker «A Reevaluation of Informed Consent in the Elderly: A Method of Improving Comprehension Through Direct Testing.» (1983) Clinical Psychology 17, p. 18.

[117] Ibid, p. 19.

[118] Ibid, p. 20.

[119] H.A. Taub et M.T. Baker «The Effect of Repeated Testing Upon Comprehension of Informed Consent Materials by Elderly Volunteers». (1983) 9 Experimental Aging Research 135, à la p. 137, qui cite les résultats signalés dans H.A. Taub, G.E. Kline et M.T. Baker «The Elderly and Informed Consent: Effects of Vocabulary Level and Corrected Feedback». (1981) 7 Experimental Aging Research à la p.137.

d'arriver aux conclusions suivantes[120] :

[Traduction]
Après plusieurs essais, chacun des sous-groupes dont le niveau de vocabulaire à la WAIS était d'au moins 40 a pu répondre correctement à au moins 90 % des questions de compréhension. Pour ces participants âgés, les niveaux définitifs de performance atteints étaient suffisamment élevés pour que l'on puisse conclure que l'approche par essais multiples représente une solution viable au problème qui consiste à assurer la bonne compréhension des documents au cours des procédures de consentement éclairé.

L'avantage d'utiliser la méthode des essais multiples est moins évident dans le cas des personnes dont le niveau à la WAIS est inférieur à 40. Quoique les essais répétés ont permis d'améliorer sensiblement la compréhension, le résultat final moyen de 68 % de réponses correctes n'est pas jugé suffisant pour assurer que ces documents ont été compris...

Même si aucun autre progrès important ne pouvait être réalisé au niveau de la compréhension, la méthode des essais multiples peut néanmoins être utile en tant qu'outil de dépistage pour reconnaître les personnes incapables de comprendre l'information technique.

Le degré inhérent de difficulté des tests utilisés pour mesurer la compréhension et la mémoire est un sujet rarement abordé dans les recherches publiées. Les différences importantes constatées entre la Formule A et la Formule B au niveau de la compréhension ainsi que l'interaction avec le niveau de connaissances lexicales dans l'évaluation de la mémoire indiquent qu'il faut faire attention à la formulation des questions et à la présentation des tests. Une évaluation a posteriori des deux formules de test a montré qu'il y avait une interaction importante à l'égard du nombre de mots de chaque choix de réponse... la Formule B, qui a donné lieu à de meilleurs résultats, comportait plus de mots dans la racine ($p<0,10$) et moins de mots par choix de réponse ($p<0,05$) que la Formule A... Quoique d'autres recherches s'imposent, il semblerait que cette présentation soit celle qui s'utilise le mieux avec les personnes âgées en situations où il faut obtenir le consentement éclairé.

Les taux de réussite généralement bas dans le cas de la mémoire ainsi que l'absence d'amélioration de la mémoire après plusieurs essais de compréhension, quoiqu'imprévus, semblent aussi confirmer les conclusions d'études précédentes sur le consentement éclairé. Dans les études où il y avait un long délai entre la présentation de l'information et l'évaluation de la mémoire, les taux de réussite étaient bas, même si les chercheurs étaient d'avis que l'information était présentée de façon convenable et était comprise... Ces observations indiquent que les scores des tests différés de mémorisation ne sont pas des indices appropriés pour évaluer ce qui était connu au moment où le consentement éclairé a été obtenu.

Ces conclusions montrent l'importance de porter une attention particulière à la manière de présenter l'information. Celle-ci doit être présentée de façon neutre et répétée, et doit être suivie d'une rétroaction afin de vérifier si elle a été bien comprise. Pour éviter d'influencer la décision, l'information devrait être présentée à la fois en termes de probabilité de succès et de probabilité d'échec. La personne qui doit prendre la décision devrait être informée dans un langage qu'elle est en mesure de comprendre et devrait être évaluée d'après sa compréhension fonctionnelle plutôt qu'abstraite.

[120] H.A. Taub et M.T. Baker «The Effects of Repeated Testing Upon Comprehension of Informed Consent Materials by Elderly Volunteers», (1983) 9 Experimental Aging Research 135, pp. 137-138.

Étude de la loi et de la jurisprudence

Malheureusement, il existe très peu de jurisprudence sur l'interprétation des lois pertinentes en matière de capacité décisionnelle à l'égard du traitement[121]. Comme nous le verrons plus loin, les arrêts à ce sujet ont été rendus par des tribunaux inférieurs et ne fournissent aucune règle d'application générale. En outre, le nombre d'arrêts est si limité qu'il est impossible d'en dégager un courant jurisprudentiel clair.

Dans l'arrêt *Clarke v. Clarke*[122], le juge Matheson, de la cour de comté, a rejeté une requête d'interdiction contre Justin Clarke. Justin souffrait de paralysie cérébrale et l'on avait diagnostiqué qu'il souffrait de déficience mentale. Incapable de parler, il pouvait néanmoins communiquer avec son entourage à l'aide d'un tableau de symboles de Bliss. Le juge a ordonné un procès puisque la preuve par affidavit n'avait pas suffi à le convaincre au-delà du doute raisonnable que l'intimé souffrait d'incapacité mentale[123]. Après avoir noté qu'il fallait appliquer la norme de la prépondérance de la preuve en matière civile dans un procès pour déterminer l'incapacité, le juge a déclaré qu'il ne fallait pas tenir compte des limites de la capacité physique dans l'évaluation de la capacité mentale. Après avoir reçu plusieurs témoignages à propos des aptitudes de Justin et de ses limites, le juge a conclu qu'il jouissait de toutes ses facultés mentales. La preuve que Justin pouvait communiquer de façon efficace, qu'il était pleinement conscient de ce qui l'entourait et qu'il savait ce qu'il voulait semblent avoir été les facteurs déterminants en l'espèce, quoique le juge n'ait pas précisé les critères sur lesquels il s'est fondé pour rendre son jugement.

Consentement au traitement

Selon la *Loi sur la santé mentale*[124], mentalement capable de prendre une décision à l'égard du traitement signifie «État de la personne qui est capable de

---

[121] Voir les dispositions pertinentes dans la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, c. 262 (tel que modifié) reproduites en annexe.

[122] (1982), 40 O.R. 383. Pour une analyse plus approfondie de cet arrêt, voir les annexes II et III.

[123] Les procédures ont été intentées en vertu des articles 7 et 8 de la *Loi sur l'incapacité mentale*.

[124] Voir les articles 1 et 35 (1) cités précédemment.

comprendre la nature de la maladie pour laquelle le traitement est proposé et le traitement lui-même, et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement.»

Dans l'arrêt *Re Howlett and Karunaratne*[125], le tribunal a jugé que la malade était en proie à des «idées délirantes» et que même si ce facteur n'était pas déterminant dans l'évaluation de la capacité mentale, les idées délirantes en l'espèce avaient une incidence sur «[Traduction] sa capacité de comprendre la nature de sa maladie et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement». Le juge a décidé que même si la malade pouvait «[Traduction] apprécier l'état maniaque-dépressif», il était d'avis que ses idées délirantes étaient de nature à l'empêcher «[Traduction] de comprendre la nature de sa maladie et qu'elle n'était donc pas mentalement capable». Il a en outre conclu que la nature de ses idées délirantes «[Traduction] l'empêchait de comprendre les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement».

Dans l'arrêt *McKay v. O'Doherty*[126], la Cour de district de l'Ontario a dû se prononcer, en appel, sur une décision d'un conseil de révision qui avait jugé que l'appelante devait être internée et qu'elle était incapable d'accorder son consentement au traitement. La Cour était d'avis que les articles 1 et 35 (1) énonçaient les trois conditions suivantes :

(1) Le malade doit être capable de comprendre la nature de la maladie pour laquelle le traitement est proposé;

(2) Le malade doit être capable de comprendre le traitement proposé;

(3) Le malade doit être en mesure de comprendre les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'il donne ou refuse son consentement.

Le juge Kozak, de la Cour de district, explique ainsi la charge et le fardeau de la preuve:

[Traduction]
Une personne n'est pas mentalement capable à moins que ces trois conditions ne soient remplies.

[125] (1988), 64 O.R. (2d) 418.

[126] (1989), [1989] O.J. No 965.

> Il incombe à l'intimé d'établir, par prépondérance de probabilité, que l'appelante ne remplissait pas au moins l'une de ces trois conditions pour pouvoir établir l'incapacité mentale.

En l'espèce, il a été jugé que même «[Traduction] s'il n'y a aucun doute que l'appelante est en proie à des idées délirantes irrésistibles causées par sa schizophrénie paranoïde... elle demeure néanmoins quelqu'un de très intelligent et elle est capable de très bien réussir ses études». Le tribunal a ensuite constaté qu'à cause de son intelligence et de son expérience, l'appelante «[Traduction] comprenait la nature de la maladie pour laquelle le traitement était proposé, ainsi que le traitement lui-même». La malade niait qu'elle souffrait de maladie psychiatrique, et plus particulièrement de schizophrénie paranoïde. Elle ne jugeait donc pas utile d'accepter les médicaments proposés. En l'espèce, il s'agissait d'interpréter les critères d'appréciation énoncés dans la *Loi sur la santé mentale*. Selon l'avocat de l'appelante, il suffit que la malade soit en mesure de comprendre intellectuellement l'information qu'on lui présente. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit elle-même consciente de souffrir de cette affection. D'autre part, l'avocat de l'intimé a soutenu «[Traduction] qu'à moins d'être soi-même conscient de l'existence du désordre mental, il n'est pas possible de comprendre les conséquences qui peuvent résulter du fait que l'on donne ou refuse son consentement». À cet égard, le juge en arrive à la conclusion suivante:

> [Traduction]
> La décision d'accorder son consentement ou de le refuser ne doit pas être fondée sur des considérations abstraites. Cette décision doit plutôt être motivée par la conscience qu'une affection existe. La capacité de comprendre les conséquences qui peuvent résulter du fait que l'on donne ou refuse son consentement ne saurait constituer un consentement ou un refus éclairé si la personne nie l'existence même de l'affection dont elle souffre. Lorsque l'appelante nie l'existence de sa maladie, elle se place par le fait même dans une situation où elle est incapable de comprendre les effets des médicaments par rapport à ses propres besoins.
>
> En conséquence, je conclus que l'appelante ne comprenait pas les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement. L'appel de la décision du Conseil en application de l'article 35 (1) est donc rejeté.

Les arrêts susmentionnés ne nous aident pas tellement puisqu'ils se limitent à énoncer des conclusions, sans faire d'analyse théorique.

2. Capacité de prendre des décisions d'ordre financier

Il y a plusieurs sortes de décisions d'ordre financier. Les contrats, les dons, les dispositions testamentaires et le mariage comptent parmi les plus importantes. Les éléments qui doivent être démontrés afin de prouver que quelqu'un exerce un choix éclairé, volontaire et intentionnel lorsqu'il consent à l'un de ces engagements varieront quelque peu selon le cas.

Dans chaque cas, la capacité de l'individu peut être évaluée d'un point de vue prospectif ou rétrospectif. Nous sommes préoccupés par le fait que l'administration systématique de tests dans tous les cas où une personne aura à s'engager risque de porter atteinte aux libertés individuelles et de mener à l'affaiblissement de la présomption de capacité. Cela risque aussi d'imposer des coûts plus élevés à ceux qui veulent prendre ces engagements. Par ailleurs, la jurisprudence nous montre que l'évaluation de la capacité après le fait est souvent intimement liée à des questions connexes comme la contrainte, l'abus d'influence et d'autres facteurs qui débordent du cadre du présent rapport. Les difficultés pratiques qui découlent du grand nombre de circonstances où des gens sans scrupule pourraient profiter de la capacité réduite de la personne fait qu'il est pratiquement impossible, et sans doute peu souhaitable, que l'Enquête tente d'élaborer des lignes directrices d'application générale sur lesquelles les tribunaux pourraient s'appuyer pour rendre jugement dans ce type d'affaire. Pour cette raison, nous sommes d'avis que la tâche d'élaborer des règles applicables en matière d'évaluation de la capacité après le fait, dans ces cas, devrait sans doute revenir aux tribunaux, selon les circonstances de chaque espèce, ou encore au législateur, sous forme de modifications à la législation en matière de protection du consommateur, de vente d'objets ou de questions similaires.

L'évaluation de la capacité peut avoir lieu dans trois cas. Premièrement, à la demande de la personne elle-même, d'un parent ou d'un ami agissant pour la protection du principal intéressé ou de son patrimoine, généralement par la nomination d'un tuteur ou d'un curateur. Deuxièmement, l'évaluation peut être faite à la demande d'un professionnel ou d'une autre personne qui agit à titre de fiduciaire de la personne appelée à prendre la décision. Enfin, l'évaluation peut être effectuée à la suite de l'admission dans un établissement psychiatrique ou un autre établissement de soins aux malades chroniques. Le rapport intitulé «Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale» (le rapport Fram), qui fait actuellement l'objet d'une étude de M. Bernard Starkman, analyse en profondeur les questions qui entourent la nomination de décideurs subrogés. Ce rapport mérite d'être étudié par quiconque veut obtenir d'autres renseignements à ce sujet. Fram souligne l'incohérence de la législation actuelle en matière d'incapacité mentale et suggère qu'elle soit remplacée par le projet de loi rédigé par le comité consultatif.

À l'heure actuelle, la *Loi sur l'incapacité mentale*[127] prévoit un premier mécanisme par lequel le tribunal peut prononcer l'interdiction d'une personne pour cause d'incapacité mentale. Cette loi définit ainsi l'incapacité mentale :

> [Traduction]
> art. 1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi :
>
> «incapacité mentale» : affection mentale dont souffre une personne souffrant d'incapacité mentale.
>
> «incapable mental» : personne :
> (i) qui présente un état de développement mental atrophié ou déficient causé par des facteurs inhérents, une maladie ou une blessure, ou
> (ii) qui souffre d'un désordre mental tel qu'elle nécessite des soins, de la surveillance et un contrôle pour sa propre protection et la protection de ses biens.

Les requêtes présentées en application de cette loi peuvent avoir deux issues. Soit la personne est jugée capable, soit elle est jugée globalement incapable. Il est couramment admis que cette loi est désuète et qu'elle ne correspond pas aux théories actuelles selon lesquelles la capacité est une notion relative. Cette question a été abordée par le comité Fram, qui définit ainsi la capacité[128] :

> L'aptitude à faire un choix éclairé est l'essence de la capacité. L'incapacité mentale s'entend de l'incapacité de comprendre les renseignements pertinents à la prise d'une décision ou de l'incapacité d'évaluer les conséquences d'une décision ou d'une absence de décision.
>
> L'incapacité mentale doit être définie de façon qu'on ne puisse s'opposer aux choix ou aux décisions des personnes capables de faire des choix ou de prendre des décisions, simplement parce qu'ils sont considérés excentriques ou bizarres par la plupart des membres de la collectivité. «Capable» s'entend de la capacité de faire des choix et d'en évaluer les conséquences avec de l'aide. Nous recevons de l'information par le biais d'explications et comptons sur ces explications pour comprendre. Par conséquent, lorsqu'une personne accepte l'aide d'autrui et parvient à comprendre une notion qu'elle n'aurait autrement pas comprise, elle est capable.
>
> Le Comité recommande ce qui suit :
>
> L'incapacité devrait être définie de façon que la législation régissant la substitution des pouvoirs décisionnels des incapables ne puisse servir à entraver la liberté d'action des personnes qui savent ce qu'elles font et qui peuvent évaluer les conséquences de leurs gestes, ou qui peuvent y parvenir avec de l'aide.

---

[127] L.R.O. 1980, chap. 264.

[128] Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale, 1987, pp. 81-82.

Nous souscrivons tout à fait aux principes énoncés dans la définition précitée. Cependant, nous sommes préoccupés par le fait que le mot «aide» pourrait être mal interprété et compris de façon trop large s'il est lu hors contexte, et c'est pourquoi nous préciserions qu'il s'agit d'aide «sous forme d'information». Ayant déjà souligné, dans la section précédente, l'importance de présenter l'information de façon claire, impartiale et complète, cette exigence est donc conforme aux principes préconisés par Fram et par le présent rapport.

La mise en oeuvre en pratique du principe de la capacité relative implique que les décisions d'ordre financier soient classées selon le nombre et selon la complexité des facteurs dont on doit tenir compte pour prendre ces décisions, et selon les répercussions qu'elles auront vraisemblablement sur la personne qui doit les prendre. L'idéal serait d'élaborer un mécanisme par lequel ces évaluations seraient faites indépendamment du décideur. Cependant, nous ne croyons pas que cette solution serait praticable à l'heure actuelle. Nous recommandons donc que l'évaluation de la capacité soit faite conformément au protocole proposé dans le présent rapport. Plus précisément, nous recommandons qu'à l'exception des décisions sans importance[129] et des personnes souffrant manifestement d'incapacité globale, la capacité des personnes soit évaluée par rapport à la décision particulière qu'elles ont à prendre.

Étude de la loi et de la jurisprudence

Veuillez consulter les dispositions législatives pertinentes citées en annexe.

a. Contrats

Un contrat est essentiellement une entente par laquelle les parties s'engagent à respecter une série de conditions qui régiront les rapports qui les uniront à l'égard de l'objet du contrat. Bien que les règles juridiques qui régissent les contrats, notamment en matière d'offre, d'acceptation, de contrepartie et d'accord, débordent le cadre du présent rapport, ces éléments ont une incidence sur la détermination de la capacité dans la mesure où ils doivent être abordés par le décideur pour que le contrat soit valide.

[129] Auquel cas la décision doit toujours être respectée.

Jurisprudence en matière de contrats

En droit des contrats, l'exception d'incapacité mentale s'inspire surtout des principes du droit des contrats ainsi que d'autres doctrines en matière de réparation et de restitution. Par conséquent, l'incapacité mentale en ce domaine a souvent été confondue avec d'autres notions qui permettent aux tribunaux jugeant selon l'*equity* d'accueillir des recours fondés sur la lésion. Les notions d'abus d'influence, de contrainte et d'incapacité mentale ont ainsi été liées entre elles[130]. L'incapacité mentale n'est jugée pertinente que dans la mesure où elle peut gêner le «sens des affaires» de la partie intéressée. L'évaluation de la capacité dans ces cas est donc fondée sur l'appréciation combinée de l'expérience commerciale de la personne et de ses capacités mentales[131]. Malgré les difficultés inhérentes à toute tentative de donner une définition «pure» de la capacité à partir de ces données, voici quelques arrêts importants en la matière :

Dans l'arrêt *The Imperial Loan Co. Ltd. v. Stone*[132], la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que pour pouvoir annuler un contrat pour cause d'incapacité il faut prouver qu'une partie **savait** que l'autre partie «[Traduction] souffrait de démence au point où elle n'était pas en mesure de comprendre ce qu'elle faisait». Dans l'affaire *Fyckes v. Chisholm*[133], la High Court of Justice a jugé qu'il n'était pas nécessaire que la partie en position de force ait connaissance de l'incapacité. Le tribunal a plutôt considéré la preuve que l'autre partie était en mesure de comprendre la nature de la transaction, qu'elle se souvenait des négociations et qu'elle comprenait qu'elle s'engageait dans le contrat en cause. Le tribunal a jugé

---

130 Voir *Trusts & Guarantee Co. v. Fryfogel* (1914), 6 O.W.N. 308 (K.B.).

131 À ce sujet, S.M. Waddams, dans *The Law of Contracts*, (2nd ed.), (Toronto: Canada Law Book, 1984), a signalé ce qui suit, à la p. 501 :

> [Traduction]
> L'incapacité mentale est une notion relative qui peut varier entre la démence et un état à peine plus grave que la naïveté commerciale... Les tribunaux jugeant selon l'*equity* annulaient des contrats pour cause d'une faiblesse d'esprit beaucoup moins marquée que ce qui justifierait une interdiction pour cause d'incapacité mentale. Un recours semblable est accordé pour cause de lésion lorsqu'un avantage indu est tiré de la faiblesse d'esprit de quelqu'un et, à plus forte raison, lorsque l'incapacité est plus grave. (notes infrapaginales omises).

132 (1892), [1892] 1 Q.B. 599. Voir l'annexe IV pour une étude plus approfondie de cet arrêt.

133 (1911), 3 O.W.N. 21.

sur cette base que cette partie avait la capacité nécessaire pour conclure le contrat en litige.

Dans l'arrêt *McNab v. Imperial Trust Co.*[134], la Cour suprême du Canada a confirmé le critère établi par la Cour d'appel de l'Ontario pour évaluer l'incapacité en matière de billets à ordre:

> [Traduction]
> La question n'est pas de savoir si l'on pouvait lui faire comprendre qu'il signait un billet. Il s'agit plutôt de déterm...er s'il comprenait qu'il signait une série de billets, s'il se souvenait, à l'occasion, des billets qu'il avait déjà signés, bref s'il était en mesure de comprendre l'ensemble des opérations.

Dans l'arrêt *Bank of Nova Scotia v. Kelly*[135], le tribunal a déclaré que pour pouvoir déterminer la validité du contrat, il fallait déterminer si la partie contractante était incapable de comprendre les conditions des billets à ordre et de porter un jugement rationnel quant à leurs effets sur ses intérêts, pour cause d'incapacité.

La common law protège strictement les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité au moment du contrat. À l'exception des contrats portant sur des «services essentiels», pour lesquels un prix raisonnable était exigé, les mineurs étaient jugés incapables de conclure des contrats et ne pouvaient pas être liés par ceux-ci à moins de les ratifier au moment d'atteindre la majorité.

Pour plusieurs raisons, dont plusieurs n'ont aucun rapport avec la question de la capacité mentale réelle de la partie en cause, la common law n'a pas réussi à élaborer un critère d'évaluation de la capacité de contracter qui soit suffisamment clair et général pour être d'une quelconque utilité aux fins de l'Enquête.

b. Donations

Une donation est une opération par laquelle le donateur aliène un bien en faveur du donataire. La donation n'est généralement pas le résultat d'un contrat bilatéral entre les parties. Pour que la donation soit valide, le donateur doit aliéner le bien volontairement, délibérément et consciemment.

Jurisprudence en matière de donations

[134] (1935), [1935] 4 D.L.R. 570.

[135] (1973), 41 D.L.R. (3d) 273 (C.S.I.-P.-É.).

Comme c'est le cas en matière contractuelle, la détermination de la capacité d'une personne de faire une donation valide est souvent liée à des questions d'abus d'influence, de rapports confidentiels et d'exigence de conseils indépendants. Les tribunaux semblent *a priori* sceptiques dans les cas où quelqu'un donne quelque chose à des personnes autres que des proches parents sans obtenir de contrepartie suffisante. L'évaluation de la capacité est souvent accompagnée d'une enquête parallèle afin de savoir si le geste du donateur lui a valu une compensation ou un certain avantage, qu'il soit tangible ou non. Même si les tribunaux ont tendance à évaluer ces circonstances autant que la capacité elle-même, les arrêts canadiens en la matière ont néanmoins établi les critères qui suivent.

Dans l'arrêt récent *Salvation Army Canada West v. Allen Estate*[136], le tribunal devait déterminer la validité d'un certain nombre de donations entre vifs et de modifications apportées au testament de la défunte à la lumière d'allégations d'abus d'influence et d'incapacité. Après une étude exhaustive du droit en matière d'abus d'influence, le tribunal a abordé la question de la capacité du donateur à effectuer les dons contestés :

> [Traduction]
> Il n'y a aucun doute que les défendeurs tentaient d'influencer Mme Allen et ses affaires... Bien qu'il n'y ait aucun doute que Mme Allen était une personne faible et vulnérable, la preuve l'a dépeinte comme indépendante et parfois têtue. Le docteur Welton a jugé qu'elle était saine d'esprit et capable d'administrer ses finances. L'évaluation du docteur Radford va dans le même sens... En conséquence, la preuve ne permet absolument pas de conclure que l'influence des défendeurs avait eu un effet significatif sur Mme Allen lorsqu'elle a donné le premier montant de 10 000 $.
>
> Je ne suis pas du même avis dans le cas du don du 26 janvier 1981. La santé de Mme Allen s'était manifestement détériorée. Elle était certainement plus vulnérable. À cause de son état mental, elle était devenue la proie facile des pressions persistantes de Mesdames McCallum et Corney... À cette étape-là, l'état mental de Mme Allen rendait inefficaces les explications qui ont pu lui être fournies quant à la nature de la donation. La donation du 26 janvier 1981 est donc annulée.

Dans l'arrêt *Gammon v. Steeves*[137], le jugement de la Cour d'appel était divisé sur la question d'abus d'influence mais était unanime au sujet de l'incapacité de l'un des demandeurs :

> [Traduction]
> M. le juge Angers (dissident) : ...Au départ, je dirais que l'acte de transfert de la propriété sise au 16,

---

[136] (1988), [1988] B.C.J. No. 802 (C.S.).

[137] (1987), [1987] N.B.J. No. 1046. Voir l'annexe IV pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

rue Gordon, devrait être annulé, mais pas pour des raisons d'abus d'influence. Dans le cas de Mme Gammon, parce qu'elle était frappée d'incapacité mentale et qu'elle n'avait donc pas la capacité juridique d'effectuer l'opération. Dans le cas de M. Gammon, parce que l'acte de transfert a été signé par erreur. Il a témoigné et a dit très clairement qu'il n'avait jamais voulu se dessaisir de cette propriété de son vivant...

[Traduction]
M. le juge Hoyt : ...La preuve montre clairement qu'à cette époque Mme Gammon aurait été incapable de comprendre la nature de l'opération. Le docteur Warren Davidson, un gériatre de Moncton, a pris connaissance des dossiers hospitaliers et médicaux mis en preuve. Même s'il n'a pas vu Mme Gammon, il était convaincu, sur la base de ces dossiers, qu'elle souffrait d'incapacité mentale le 1er août 1984. M. Richard Morton, le directeur médical de la maison de soins infirmiers, qui voyait Mme Gammon régulièrement, était certain que celle-ci souffrait d'incapacité mentale le 1er août 1984 et qu'elle n'aurait pas été en mesure de comprendre l'acte attaqué. En conséquence, le titre, à l'égard de Mme Gammon, doit être annulé au motif de son incapacité.

Dans le cas de M. Gammon, bien que le docteur Davidson était d'avis qu'il pouvait peut-être souffrir d'une pseudo-démence causée par son état dépressif, la preuve montre qu'il avait la capacité mentale le 1er août 1984. Cependant, cette preuve n'est pas suffisante, en soi, pour renverser la présomption d'abus d'influence.

Dans l'arrêt *Alberta (Public Trustee) v. Ostapowich*[138], le juge en chef adjoint Miller devait juger de la validité d'une donation entre vifs. Dans les passages du jugement qui traitent de la capacité mentale, il notait ce qui suit :

[Traduction]
...De l'avis du docteur Huston, Tulick n'avait pas, depuis [...] 1976, la capacité mentale de comprendre la nature et l'importance d'un don important de biens ou de nommer un mandataire pour surveiller ses affaires... selon lui, Tulick souffrait de sénilité avancée aggravée par d'autres problèmes physiques et par les médicaments qu'il prenait pour ces problèmes.

En contre-interrogatoire, le docteur Huston ... a admis que Tullick pouvait peut-être comprendre, à l'occasion, la nature d'un document juridique, mais a estimé qu'il ne pouvait pas se souvenir des incidences de celui-ci à long terme...

...Je suis tout à fait convaincu de l'objectivité et de la sincérité du docteur Huston lorsque celui-ci a exprimé son opinion sur la capacité mentale générale de Tulick. Cependant, il a lui-même admis que Tulick avait des périodes de lucidité entre ses périodes de confusion... si le Tribunal peut être convaincu que Tulick avait, les jours cruciaux où il a pris des décisions ou posé des gestes, la capacité mentale et la lucidité nécessaires pour comprendre la nature et la portée de ses gestes, le Tribunal doit donner effet à ces gestes.

L'arrêt *Gillis v. Hulton*[139] portait sur le transfert entre vifs d'un terrain appartenant à un homme âgé en faveur d'un homme plus jeune qui avait pris soin de lui pendant plusieurs années. Le transfert était contesté par le fils du donateur

[138] (1988), [1988] A.J. No. 938 (Q.B.).

[139] (1988), [1988] B.C.J. No. 846 (C.S.). Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

en sa qualité de curateur aux biens de ce dernier. Le défendeur a allégué que l'aide qu'il avait rendue au couple âgé justifiait la valeur du don. Il a en outre présenté une preuve de la capacité du donateur au moment de la donation. Un témoin du transfert, M. Cameron, a donné le témoignage suivant à cet effet :

> [Traduction]
> Selon son propre témoignage, M. Cameron se sentait obligé de vérifier si la personne à qui on demandait de signer le document était lucide ou non à ce moment. À son avis, elle l'était. On lui a demandé si la preuve présentée par les médecins en l'instance aurait eu pour effet, s'il en avait eu connaissance, de lui faire changer d'avis à propos de la compétence ou de la capacité de Duncan Gillis. Il a répondu par la négative; cette preuve n'aurait eu aucun effet. Il était convaincu, en son esprit, que l'homme savait ce qu'il faisait à cette occasion.

Le demandeur a présenté une preuve médicale à l'encontre de ce témoignage :

> [Traduction]
> Dans son rapport, le docteur Smillie a relevé les nombreuses occasions où Duncan Gillis a dû être hospitalisé, et il a énuméré dans ce rapport les diagnostics posés à ces diverses occasions : état de confusion importante, grande confusion, confusion, désorientation, et agitation accompagnée d'idées délirantes paranoïdes... Il a résumé le tout ainsi : «[Traduction] À mon avis professionnel, M. Duncan Gillis souffrait d'un déficit cognitif important causé par la maladie d'Alzheimer. Je suis en outre d'avis qu'il aurait été incapable de comprendre un document juridique pendant la période où j'étais son médecin traitant.»
>
> Selon le docteur Olthuis ... M. Gillis présentait des signes de désorientation au cours de l'été 1984. Il a ajouté que même si M. Gillis était orienté par rapport à lui-même, il avait perdu la notion du temps et de l'espace. En outre, sa mémoire et ses facultés intellectuelles, notamment sa compréhension et son jugement, avaient subi une grave détérioration. Il semblait incapable de comprendre les questions qu'on lui posait et ses réponses manquaient de pertinence. En somme, M. Gillis présentait les symptômes d'un désordre mental organique correspondant à ceux de la démence sénile progressive, c'est-à-dire la première phase sénile de la maladie d'Alzheimer ou la démence dégénérative primaire. Cette affection diminuait ses facultés intellectuelles, notamment son aptitude à comprendre un document juridique, pendant la période où il avait des rapports avec lui.
>
> Le docteur Anders a lui aussi présenté un rapport...Son diagnostic était le même : M. Gillis souffrait de sénilité de type Alzheimer...
>
> Il convient de mentionner la preuve soumise par le docteur Milobar, qui a examiné M. Gillis en février 1984. Le docteur Milobar est un interniste à qui on avait demandé d'examiner Duncan Gillis en vue de déterminer si celui-ci était apte à subir une intervention chirurgicale éventuelle. À titre d'interniste, le docteur Milobar a émis l'avis que l'intervention pouvait avoir lieu. On lui a demandé son opinion quant à la capacité mentale du malade et il a répondu «[Traduction] qu'il avait établi les antécédents du malade et que la seule affection qu'il avait pu trouver était qu'il était dur d'oreille». Il a poursuivi en affirmant qu'il n'avait constaté aucune preuve de démence sénile.

Le juge Trainor a alors consulté la loi intitulée *Patient's Property Act* et en est arrivé à la conclusion suivante :

[Traduction]
En l'espèce, je crois que c'est au défendeur de prouver que Duncan Gillis jouissait de toutes ses facultés mentales au moment où l'acte de transfert a été signé le 3 juin 1984. La preuve que je viens de citer me convainc qu'il ne jouissait pas de ses facultés mentales. Je ne suis pas convaincu que le défendeur a fait la preuve qui lui incombait et j'en conclus que lorsqu'il a signé ce document le 3 juin 1984 Duncan Gillis ne jouissait pas de toutes ses facultés mentales...

Dans l'arrêt *Fairchild v. Mitchell and Mattatall*[140], la majorité des juges de la Cour d'appel a confirmé l'opinion du juge de première instance selon laquelle il n'y avait aucun motif de mettre en question la capacité mentale de la donatrice. Cependant, le juge Currie, dissident, en est arrivé à la conclusion contraire. À son avis, la donatrice n'avait pas la capacité mentale voulue puisqu'elle était «[Traduction] incapable de comprendre substantiellement la nature et la portée des actes attaqués» même si elle «[Traduction] était en mesure de comprendre qu'elle les posait». En l'espèce, comme dans bien d'autres cas semblables, la question d'abus d'influence était liée aux allégations d'incapacité.

Dans l'arrêt *Nova Scotia Trust v. Corkum*[141], la Cour d'appel a maintenu l'avis «d'incapacité mentale» exprimé par le juge de première instance et a affirmé ce qui suit :

[Traduction]
...pour être pertinente et significative, l'incapacité mentale chez l'intimée devrait être suffisamment importante pour l'empêcher de comprendre substantiellement la nature et la portée de l'opération qu'elle était sur le point de conclure.

En l'espèce, l'opération contestée comprenait notamment des dispositions de fiducie irrévocable et le transfert de tous les biens du donateur ou d'une partie de ceux-ci. Le tribunal a tenu compte de la complexité de cette opération pour établir le niveau de capacité requis pour que le donateur soit jugé capable.

Dans l'arrêt *Royal Trust v. Diamant*[142], le juge a précisé en ces termes le degré d'incapacité dont on doit faire la preuve avant de pouvoir annuler une donation entre vifs :

[Traduction]
...un degré d'incapacité qui va jusqu'à entraver la capacité de comprendre substantiellement la nature

[140] (1959), 19 D.L.R. (2d) 521 (C.A. N.-É.)

[141] (1961), 31 D.L.R. (2d) 27 (C.A. Ont.).

[142] (1953), [1953] 3 D.L.R. 102 (C.A.C.B.).

et la portée de l'opération. Le demandeur en l'espèce n'a pas à prouver que le donateur ne comprenait pas la nature et la portée de l'opération. Il s'agit de savoir si elle était capable de la comprendre...

c. Disposition testamentaire

Pour disposer de ses biens par testament, le testateur doit comprendre la nature et la portée de son acte ainsi que l'importance des biens légués. Il doit, en outre, pouvoir reconnaître ceux qui devraient normalement être considérés comme les bénéficiaires éventuels.

Jurisprudence en matière de disposition testamentaire

Les critères de capacité en matière testamentaire découlent généralement de préoccupations sociales qui sont semblables à celles qui sont sous-jacentes à la détermination de la capacité en matière de transferts entre vifs. Cependant, aux questions d'abus d'influence et aux autres facteurs mentionnés précédemment, vient s'ajouter un facteur supplémentaire : le testateur doit tenir compte des revendications de tous ceux qui ont des liens de parenté avec lui. L'évaluation de la capacité en matière testamentaire peut être distinguée des autres cas d'évaluation de la capacité. En ce sens, il incombe à la partie qui soumet le testament à l'homologation de prouver la capacité du testateur. Cependant, malgré le renversement du fardeau de la preuve, la jurisprudence majoritaire reconnaît que l'on doit appliquer la norme de preuve en matière civile[143].

Dans l'arrêt *Skinner v. Farquharson*[144], la Cour suprême rappelle que «[Traduction] le testateur doit être en mesure d'étudier rationnellement les revendications de tous ceux qui ont des liens de parenté avec lui et qui, selon des sentiments humains normaux, sont supposés avoir droit à sa bienveillance quand il aura à décider comment disposer de ses biens à son décès». La Cour suprême a en outre cité l'arrêt *Banks v. Goodfellow*[145], qui énonce un critère d'évaluation de la capacité souvent cité en jurisprudence canadienne à ce sujet (voir la citation ci-dessous).

---

[143] Voir l'arrêt *Sherman Estate v. Sherman* (1989), [1989] S.J. No. 59 (Q.B.), pour connaître les décisions contraires et une étude du fardeau de la preuve qui revient à la partie qui soumet le testament à l'homologation.

[144] (1902), 32 S.C.R. 58. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[145] (1870), L.R. 5 Q.B. 549. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

Dans l'arrêt *Re Davis*[146], la Cour d'appel de l'Ontario a accordé beaucoup d'importance à une preuve de changement de comportement, attribué à une affection chronique, dans son évaluation de la capacité. En l'espèce, la Cour a notamment noté ce qui suit :

> [Traduction]
> ...le comportement excentrique de la testatrice pendant plus d'un an avant la signature du testament contesté, et attribué à un état chronique d'artériosclérose qui avait gravement détérioré ses artères cérébrales, est un élément de preuve extrêmement pertinent, dont la valeur probante est incontestable. La maladie avait progressé jusqu'au point où, hormis la dégénérescence causée à sa mémoire et à ses autres facultés mentales, sa personnalité avait complètement changé...

La Cour d'appel a cité un arrêt de 1843, *Mudway v. Croft*[147], et a rapporté un passage que Sir Herbert Jenner Fust avait tiré d'un traité de jurisprudence médicale, pour montrer que cette preuve constituait un indice essentiel pour évaluer la capacité :

> [Traduction]
> Ce n'est pas tant l'extravagance de la pensée ou des sentiments qui dénote la démence. C'est plutôt le changement prononcé du caractère, ou le changement dans le mode de pensée, les sentiments et les actes, sans cause externe apparente.

La Cour a attaché beaucoup d'importance aux changements spectaculaires que la testatrice avait apportés à son testament dans son choix de légataires. Selon la Cour, il s'agissait là d'un fait saillant dont les témoins auraient dû tenir compte lorsqu'ils avaient jugé que la testatrice était saine d'esprit au moment où le testament en litige avait été passé. Plus loin dans son jugement, la Cour a abordé le sujet délicat du rapport entre la capacité de la testatrice et le caractère apparemment raisonnable des dispositions. À ce sujet, la Cour s'est exprimée ainsi :

> [Traduction]
> En l'espèce, le testament du 26 mai 1959 ... représente une dérogation importante par rapport à toutes les dispositions testamentaires précédentes. Ce testament bouleverse notamment les dispositions des testaments datés du 4 mai et du 6 mai 1959. Il s'agit là d'une circonstance extrêmement importante qui met en cause par le fait même la capacité de la défunte de disposer ainsi des biens de sa succession.

Dans l'arrêt *Harwood v. Baker* (1840), 3 Moo. P.C. 282, 13 E.R. 117, le juge

---

[146] [1963] 2 O.R. 666 (C.A.). Voir les annexes III et V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[147] (1843), 3 Curt. 671, 163 E.R. 863.

Erskine a posé le problème ainsi, à la page 291 :

> [Traduction]
> Si le testateur ne jouissait pas de la capacité requise, il n'est pas nécessaire d'apprécier la justesse de la disposition. S'il jouissait de la capacité, l'injustice de l'exclusion n'aurait aucune incidence sur la validité de la disposition. Toutefois, son caractère juste ou injuste pourrait servir d'élément de preuve dans l'évaluation de sa capacité.

Après avoir analysé les changements que Mme Davis avait apportés à ses testaments, la Cour a souligné qu'il était difficile de comprendre pourquoi la testatrice avait soudainement omis de tenir compte, dans son testament, «[Traduction] des revendications de ceux qui auraient dû bénéficier de sa générosité» et a ensuite cité le passage suivant qui constitue, selon la Cour, «[Traduction] la règle de droit qui fait autorité en matière de capacité testamentaire». Cette citation est tirée du jugement classique du juge en chef Cockburn, dans l'arrêt *Banks v. Goodfellow*[148] :

> [Traduction]
> Il est évident, en tout cas, qu'une personne doit nécessairement posséder les facultés intellectuelles et morales communes à tous les êtres humains pour pouvoir dûment exercer un pouvoir qui nécessite la responsabilité morale. Pour exercer ce pouvoir, le testateur doit absolument comprendre la nature et la portée de l'acte et l'importance des biens qu'il lègue; il doit être en mesure de comprendre et d'apprécier les revendications auxquelles il devrait donner suite et, à cet égard, aucun désordre mental ne doit corrompre son affection envers ses proches, dénaturer son sens de ce qui est bien ou l'empêcher d'exercer ses facultés naturelles; aucune idée délirante démente ne doit influencer sa volonté de léguer ses biens et l'inciter à faire une disposition qu'il n'aurait pas faite s'il avait été sain d'esprit.

La Cour a ensuite cité l'opinion du juge Boyd dans l'arrêt *Murphy v. Lamphier*[149], qui avait rapporté le passage suivant tiré de l'arrêt *Simpson v. Gardner's Trustees*[150] :

> [Traduction]
> L'état de la mémoire est le critère le plus important pour juger si l'esprit a été obnubilé ou anéanti. C'est la mémoire qui permet à notre esprit de saisir les faits à partir desquels nous pouvons exercer notre jugement, et ainsi arriver à une conclusion ou à une résolution. Sans la mémoire, l'esprit ne peut agir. C'est la première des facultés intellectuelles à faire défaut lorsque l'esprit est en état de détérioration.

---

[148] (1870), L.R. 5 Q.B. 549. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[149] 31 O.L.R. 287. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[150] (1833), 11 Ct. of Sess. 1049, pp. 1051-2. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

Au sujet du processus d'évaluation de la capacité, la Cour a exprimé l'avis suivant[151] :

> [Traduction]
> L'évaluation de la capacité de tester consiste à déterminer si la personne jouit des facultés mentales nécessaires pour pouvoir sciemment disposer de ses biens. Il s'agit d'une question de fait, à laquelle peut répondre le profane doué du sens commun, aussi bien que le médecin, dans la mesure où la preuve de la capacité est fondée sur l'observation et l'expérience, par opposition à une preuve d'état pathologique.

La Cour en arrive à la conclusion suivante :

> [Traduction]
> Compte tenu des antécédents de cette malheureuse femme, de la grande détérioration physique et mentale dont elle souffrait, de ses trous de mémoire, de sa résignation morbide et des obsessions qui avaient complètement subjugué ses facultés intellectuelles affaiblies, l'idée irrésistible et accablante qu'elle devait faire sa part pour éliminer le cancer dans le monde a très bien pu dominer son esprit à un point tel qu'elle était comme hantée ou obsédée par cette idée fixe. Il s'agissait fort probablement d'une compulsion obsessive tellement irrépressible et envahissante qu'elle obnubilait toute autre considération pertinente dans son esprit et la poussait irrésistiblement à lui succomber.
>
> ...Elle était donc incapable, au moment où le testament attaqué a été fait, de léguer ses biens consciemment et sciemment, avec jugement et discernement. Ainsi, le testament n'était pas l'oeuvre d'une personne saine d'esprit et de mémoire, capable de léguer ses biens.
>
> Il incombe à la personne qui soumet le testament à l'homologation de prouver la capacité de tester en cas de litige ou de doute à ce sujet. En l'espèce, le testament a été rédigé sans formalité et représentait un changement radical par rapport à toutes les dispositions précédentes. De plus, la preuve montre que la testatrice souffrait d'une dégradation progressive des facultés mentales causée par l'artériosclérose de l'artère cérébrale. Cette affection a entraîné une perte de mémoire et des changements de caractère. Le dossier renferme enfin d'autres preuves de déficience mentale. Tout cela a pour effet d'augmenter considérablement le fardeau de la preuve. Or, à mon avis, la preuve présentée est loin de renverser le lourd fardeau qui incombait aux appelants...

Dans l'arrêt *Re Schwartz*[152], de la Cour d'appel de l'Ontario, la capacité du testateur était contestée au motif que celui-ci avait changé son testament de manière à déshériter son fils Jack et les enfants de ce dernier. Selon le médecin du testateur, celui-ci ne souffrait d'aucune diminution de sa capacité mentale. Cependant, un psychiatre a affirmé, uniquement sur la foi du dossier d'hospitalisation, que la capacité du testateur avait probablement diminué dans une

---

[151] Au soutien de cette thèse, la Cour d'appel a cité l'arrêt *Re Price, Spence v. Price* (1946), [1946] 2 D.L.R. 592, p. 601, [1946] O.W.N. 80, p. 84, où le juge adjoint Roach cite un passage du jugement de Sir J. Hannen, dans l'arrêt *Boughton and Marston v. Knight* (1873), L.R. 3 P. & D. 64, dans lequel ce savant juriste assimilait l'esprit sain à l'esprit capable de tester. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de l'arrêt *Boughton and Marston v. Knight*.

[152] (1970), [1970] 2 O.R. 61. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

certaine mesure. De l'avis d'un neurologue qui avait brièvement visité le testateur, celui-ci souffrait d'un certain affaiblissement mental.

Dans cette affaire, le juge de première instance avait homologué le testament. La majorité de la Cour d'appel a rejeté l'appel, le juge Laskin étant dissident. Les juges majoritaires ont souligné la valeur probante limitée des témoignages du psychiatre et du neurologue, ainsi que les témoignages contradictoires du médecin du testateur, de ses infirmières auxiliaires et d'un associé commercial. La majorité a aussi fait remarquer que la seule différence entre les testaments antérieurs et le testament en litige était que celui-ci déshéritait Jack, le fils du testateur. Or, les juges ont noté que ce changement s'expliquait par le mécontentement du testateur envers Jack, qu'il tenait responsable d'un litige commercial qu'il avait avec ses frères. Le juge adjoint Evans a fait le commentaire suivant au sujet de la preuve et du critère à appliquer dans de telles circonstances :

> [Traduction]
> À mon avis, la preuve tend à démontrer la capacité de tester et confirme l'opinion du juge de première instance à cet égard. Les opinions des docteurs Gray et Humphrey sont sujettes à caution. Dans le premier cas, le psychiatre a émis son opinion sans qu'il n'ait vu le testateur une seule fois. Dans le second cas, l'opinion du neurologue est fondée sur une observation du testateur pendant une période très courte, alors que celui-ci était gravement malade. Je souscris à l'opinion du juge Laidlaw dans l'arrêt *Re Price : Spence v. Price* (1946), [1946] O.W.N. 80, pp 81-2, [1946] 2 D.L.R. 592, p. 595 :
>
> [Traduction]
> La qualité de l'esprit d'une personne se manifeste par sa conduite et les expressions de sa pensée. Il n'est pas nécessaire de posséder ou d'appliquer des aptitudes ou des connaissances spécialisées pour être en mesure de tirer les conclusions qui s'imposent de cette preuve. Une personne saine d'esprit et raisonnable, qui exerce ses facultés d'observation et de déduction, peut en juger, sans pour autant posséder de connaissances scientifiques. Il s'agit d'une question de fait, à laquelle peut répondre le profane doué du sens commun, aussi bien que le médecin. La valeur probante de la preuve à ce sujet dépend en partie de l'importance des observations du témoin. Dans tous les cas où le testateur déroge substantiellement à ses dispositions antérieures quant à la façon dont il lègue les biens de sa succession, il faudra analyser les circonstances pour connaître les raisons de ce changement. Si les circonstances sont suspectes, la partie qui soumet le testament à l'homologation devra convaincre le tribunal qu'il s'agit bel et bien du dernier testament du testateur, que celui-ci n'a été victime d'aucun abus d'influence et qu'il était «sain d'esprit et capable de tester»

Le juge a alors cité la définition suivante proposée par le juge Rand dans l'arrêt *Léger c. Poirier*[153] :

---

[153] (1944), [1944] S.C.R. 152, [1944] 3 D.L.R. 1 à la p. 11. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[Traduction]
Une personne «saine d'esprit et capable de tester» est en mesure de comprendre, de sa propre initiative et volonté, les éléments essentiels de la rédaction d'un testament : les biens légués, l'objet des dispositions, les revendications légitimes de ses proches, la révocation des dispositions existantes, et ainsi de suite...

Le juge Laskin, dissident, était d'opinion que le testateur ne jouissait pas de la faculté de comprendre jugée essentielle à la capacité de tester. Il s'est appuyé sur la preuve du neurologue et du psychiatre quant à la nature progressivement débilitante de la maladie du testateur, et sur la preuve que le testateur entretenait des croyances erronées à l'égard des liens de parenté de ses fils. Par conséquent, les exécuteurs n'avaient pas réussi à faire la preuve, qui leur incombait, de la capacité de tester. Malgré sa décision quant à la disposition, le juge Laskin a émis un certain nombre de commentaires sur la notion d'incapacité mentale qui n'ont pas été contredits par la majorité :

[Traduction]
Avant d'aborder le droit applicable, j'émets d'emblée les deux propositions suivantes. Premièrement, il incombe aux personnes qui soumettent le testament à l'homologation d'établir la capacité de tester. Deuxièmement, la preuve que le testateur connaissait et approuvait le contenu du testament n'est pas suffisante pour prouver la capacité de tester. La deuxième proposition doit être nuancée à la lumière du jugement du juge Ritchie dans l'arrêt *McGregor v. Ryan*[154]. Le juge a émis l'opinion suivante, au nom de la Cour suprême (le juge Judson étant dissident) : «[Traduction] S'il est prouvé qu'un testament a été dûment passé après qu'il ait été lu au testateur ou par lui, et que celui-ci semble le comprendre, il sera généralement présumé avoir eu la capacité de tester au moment de la passation. Par ailleurs, si au cours des recherches faites pour l'homologation de ce testament, il s'avère que certaines circonstances soulèvent un doute bien fondé sur la possibilité que ce document n'exprime pas la volonté exacte du défunt, le tribunal a un devoir impératif d'aller voir au-delà des présomptions créées par le fait que les formalités ont été respectées pour s'assurer que le testament a été fait librement par un testateur «sain d'esprit et capable de tester», au sens où l'a défini le juge Rand dans l'arrêt *Léger et al. v. Poirier*...»

Le juge Laskin a abondamment cité le passage de l'arrêt *Léger et al. v. Poirier*[155], rapporté par la majorité (passage précité) :

[Traduction]
Mais il n'y a absolument aucun doute qu'une personne incapable de tester peut néanmoins avoir l'aptitude trompeuse de pouvoir répondre à des questions ordinaires et usuelles; en d'autres mots, l'esprit peut être incapable d'appréhender des idées qui dépassent le cadre de certains sujets familiers et suggérés. Une personne saine d'esprit et capable de tester est en mesure de comprendre, de sa propre initiative et volonté, les éléments essentiels de la rédaction d'un testament : les biens légués, l'objet des dispositions, les revendications légitimes de ses proches, la révocation des dispositions

[154] (1965), [1965] S.C.R. 757, p. 760, 53 D.L.R. (2d) 126, pp 133-134.

[155] (1944), [1944] S.C.R. 152, pp. 161-2 [1944] 3 D.L.R. 1, pp. 11-12. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

existantes, et ainsi de suite; ce principe a été reconnu dans plusieurs arrêts.

• • •

Le seul fait de pouvoir donner des réponses rationnelles ne suffit pas. Il ne suffit pas non plus de pouvoir répéter des formules simples que l'on a apprises par coeur. La personne doit avoir la faculté de diriger son esprit de manière à pouvoir appréhender son geste dans son ensemble. Je suis convaincu que ce n'est pas le cas en l'espèce.

Le juge Laskin a alors examiné la décision du juge Cockburn dans l'arrêt *Banks v. Goodfellow*[156] pour relever les critères qui permettent d'évaluer si le testateur était une personne saine d'esprit et capable de tester. Il a ensuite exprimé ainsi sa propre interprétation de ces critères :

[Traduction]

Pour exercer ce pouvoir [de tester], le testateur doit absolument comprendre la nature et la portée de l'acte et apprécier l'importance des biens qu'il lègue; il doit être en mesure de comprendre et d'apprécier les revendications auxquelles il devrait donner suite et, à cet égard, aucun désordre mental ne doit corrompre son affection envers ses proches, dénaturer son sens de ce qui est bien ou l'empêcher d'exercer ses facultés naturelles...

Ces critères ont été énoncés comme suit, en termes plus modernes : Le testateur doit avoir une compréhension et une mémoire suffisamment claires pour connaître, de lui même, et de façon générale (1) la nature et l'importance des biens qu'il possède, (2) les personnes qui devraient naturellement faire l'objet de sa générosité et (3) les dispositions testamentaires qu'il prend. Il doit en outre être capable (4) d'évaluer ces facteurs les uns par rapport aux autres et (5) de former une volonté cohérente quant à la disposition de ses biens. (Voir l'ouvrage *Atkinson on Wills* (1953), 2e édition, p. 232; 39 Hals., 3e éd., pp. 855-6.)

En l'espèce, la détermination de la capacité tourne autour des critères (4) et (5) de cette dernière énumération. Une simple étourderie, une erreur, un préjugé, ou même l'excentricité, ne suffisent pas à prouver l'incapacité. Le seul fait d'être âgé n'est évidemment pas un critère déterminant. La question cruciale consiste à déterminer si une déficience ou une maladie mentale est à l'origine de l'erreur ou du préjugé sur lequel le testateur s'est fondé pour prendre la disposition contestée. Trois types de preuve permettent généralement de résoudre cette question. Premièrement, des indices observables de la conduite et de l'état du testateur; deuxièmement, une preuve par témoignage d'expert de la capacité du testateur; et troisièmement, la nature des dispositions du testateur. Puisque le testateur capable de tester peut se montrer aussi capricieux qu'il le veut, il peut paraître curieux et discutable de considérer les termes du testament pour évaluer la capacité. Ils peuvent être d'une importance marginale mais ils méritent néanmoins que l'on s'y attarde, surtout lorsque les autres éléments de preuve en la matière semblent avoir un lien avec les dispositions du testateur.

Pour ce qui est de la valeur probante du témoignage des profanes sur la question de la capacité mentale, le juge Laskin s'est exprimé ainsi :

[Traduction]

Les personnes qui ont soumis le testament à l'homologation se sont surtout appuyées sur le

[156] (1870), L.R. 5 Q.B. 549, p. 565. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

témoignage de profanes pour prouver la conduite et l'état du testateur. Pour contester le testament, le fils du testateur, Jack, s'est surtout fondé sur une preuve d'experts, c'est-à-dire un neurologue et un psychiatre. Pour évaluer la valeur probante d'une preuve, il est important de se souvenir que celle-ci doit être appréciée d'après son rapport avec la capacité. Les témoignages de profanes qui connaissaient le testateur sont admissibles en preuve à cet égard. Cependant, le testateur en l'espèce était âgé et souffrait, à l'époque pertinente, de plusieurs maladies, notamment d'une maladie organique au cerveau. Il y a donc lieu d'exercer une prudence particulière dans l'évaluation de la preuve présentée par un témoin profane, en sus de celle dont il faudrait normalement faire preuve dans l'évaluation d'une preuve soumise par des légataires qui avaient pris part à l'élaboration du testament. Dans les circonstances de l'espèce, la preuve psychiatrique semble tout indiquée pour résoudre l'importante question de l'aptitude du testateur à connaître les faits pertinents.

La jurisprudence récente ne permet pas de clarifier certains domaines résiduels d'incertitude. Les juges ont eu tendance à citer la jurisprudence existante en la matière[157]. Dans l'arrêt *Alberta v. Cushman*[158], la Cour d'appel a approuvé la décision du juge de première instance de s'appuyer sur les critères de la capacité de tester énumérés dans l'arrêt *Banks v. Goodfellow*, précité. Cependant, la Cour n'était pas convaincue que ces critères avaient été bien appliqués et a donc ordonné un nouveau procès. Dans l'arrêt *Salvation Army Canada West v. Allen Estate*[159], le tribunal devait juger de la validité d'un testament fait par un testateur incompétent. Le tribunal a déclaré que bien que «[Traduction] l'interdiction ne soit pas en soi synonyme d'incapacité de tester»[160], si «[Traduction] l'interdiction résulte d'un désordre mental qui a pour effet de diminuer le jugement de la testatrice en matière testamentaire, l'on pourra conclure à l'incapacité testamentaire».

d. Mariage

Le mariage est une forme de contrat. Il faut donc que la personne appelée à prendre le type de décision comprenne la nature du contrat, ainsi que les obligations et les responsabilités qui en découlent.

---

[157] Voir par exemple les arrêts *Koncz v. Gyulay* (1988), [1988] A.J. No. 335 (Surr. Ct.), *Koster v. Falinski* (1988), [1988] M.J. No. 628 (Q.B.) (qui cite les arrêts *Banks v. Goodfellow*, *Re Schwartz*, *Léger v. Poirier*, supra), *Re Lagasse Estate* (1988), [1988] S.J. No. 757 (Surr. Ct.), *Re McPhee Estate* (1965), 52 D.L.R. (2d) 520 (B.C. Surr. Ct.).

[158] (1988), [1988] A.J. No. 1041 (C.A.) qui infirme (1987), [1987] A.J. No. 1120 (Q.B.), voir aussi l'arrêt *Alberta v. Dickson* (1986), [1986] A.J. No. 551 (Q.B.) qui cite les arrêts traités précédemment comme sources pour les critères de la capacité de tester.

[159] (1988), [1988] B.C.J. No. 802 (C.S.).

[160] L'arrêt *In Re Ferguson* (1962), 48 M.P.R. 155, à la p. 169 (C.S.I.-P.-É.) a été cité à cet égard.

Jurisprudence en matière de mariage

Puisque le mariage est une forme de contrat, il faut donc que la personne qui se marie jouisse d'un niveau de capacité qui soit proportionnel à celui qui est requis pour conclure des ententes contractuelles comparables.

Dans l'arrêt *Re Capon; Capon and O'Brian v. McLay*[161], la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que le mariage «[Traduction] était essentiellement un contrat civil et que la capacité et le consentement étaient deux conditions essentielles à sa validité». La Cour a cité le critère suivant, énoncé par le juge Singleton dans l'arrêt *Re Estate of Park*[162] :

> [Traduction]
> Dans la matinée du 30 mai 1949, le défunt était-il en mesure de comprendre ce à quoi il s'engageait ou bien son état mental l'empêchait-il de le faire? Pour comprendre la nature du contrat de mariage, un homme doit avoir la capacité mentale d'apprécier que cet engagement entraîne les responsabilités qui découlent normalement du mariage. S'il ne possède pas ce niveau mental, on ne peut pas prétendre qu'il comprend la nature du contrat.

Dans l'arrêt *Deal v. Deal*[163], le tribunal était saisi d'une action en annulation de mariage pour cause d'incapacité due à une maladie mentale. Après avoir analysé les faits de l'affaire, le juge Cowan a cité l'arrêt *Re Park* comme autorité au soutien du principe bien établi «[Traduction] qu'il incombe au requérant de prouver qu'un mariage régulièrement célébré quant à la forme était en fait invalide à cause de l'incapacité de l'intimée d'y consentir». Dans son exposé sur l'historique du droit en la matière, le tribunal a cité le passage suivant de l'arrêt *Durham v. Durham*[164] :

> [Traduction]
> Pour les fins de la présente affaire, j'endosse la définition généralement admise, c'est-à-dire la capacité de comprendre la nature du contrat ainsi que les obligations et les responsabilités qui en découlent. Notez toutefois que cette définition ne fait que reporter le problème que nous devons résoudre à l'enquête puisque je dois tout de même déterminer le sens qu'il faut donner au mot

[161] (1965),[1965] 2 O.R. 83 (C.A.).

[162] (1953), [1953] 2 All E.R. 408, confirmé par [1953] 2 All E.R. 1411. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[163] (1966), 60 D.L.R. (2d) 411 (C.S.N.-É.).

[164] (1885), 10 P.D. 80, pp. 81-82.

«comprendre». Si je devais tenter d'analyser cette expression, je me buterais aux mêmes difficultés à une autre étape de l'enquête à l'égard d'une autre phrase, et je devrais néanmoins déterminer, après avoir analysé l'ensemble des faits, si l'intimé satisfaisait à la norme de raison que je dois fixer dans mon propre esprit, quoique je sois incapable de la préciser. Je dois tout de suite mentionner qu'à mon avis le contrat de mariage est très simple et qu'il n'est pas nécessaire d'être doué d'un niveau très élevé d'intelligence pour le comprendre. Il s'agit d'un engagement entre un homme et une femme de vivre avec l'autre et de s'aimer comme mari et femme, à l'exclusion de toute autre personne. Les promesses prononcées au moment de la cérémonie de mariage précisent cet engagement avec des paroles qui font allusion aux rapports naturels qui découlent de cet engagement, comme le rôle de protection chez l'homme et le rôle de soumission chez la femme. Je suis d'accord avec la thèse du solliciteur général qu'il ne suffit pas de comprendre le sens des mots des promesses échangées. L'esprit de l'une des parties peut être en mesure de comprendre le langage employé mais peut néanmoins être en proie à des idées délirantes ou à d'autres symptômes de démence qui convaincront le tribunal que la personne n'appréciait pas vraiment l'engagement qu'elle semblait avoir conclu...

Le tribunal a conclu que, dans ce type de procédure, il incomberait au requérant de prouver, par prépondérance de preuve crédible, que le mariage était invalide au motif de l'incapacité de l'intimé d'y consentir[165]. Selon le tribunal, le critère de l'incapacité consiste à se demander si l'intimée était en mesure de comprendre la nature du contrat qu'elle allait conclure et d'apprécier les responsabilités qui découlent normalement du mariage. En l'espèce, le tribunal a conclu que la preuve d'incapacité n'avait pas été faite. Selon cette preuve, l'intimée avait été internée dans un hôpital psychiatrique quelques années après la célébration du mariage pour cause de psychose schizophrénique. Cependant, au moment du mariage, son comportement était simplement celui d'une personne paisible, hypersensible et timide. Peu de temps après la célébration du mariage, elle s'était conduite d'une manière qui pouvait aussi bien dénoter de la simple paresse ou une incapacité à apprécier les responsabilités normales du mariage. Cette conclusion était soutenue par le fait que les experts psychiatriques, qui témoignaient en faveur du requérant, étaient incapables de dire à quelle époque la maladie schizophrénique avait effectivement débuté.

Dans l'arrêt *Webb v. Webb*[166], le juge Cowan était saisi d'une autre requête, de l'épouse cette fois, qui demandait l'annulation du mariage au motif que l'époux intimé souffrait d'incapacité mentale au moment du mariage. Après avoir analysé les faits et le droit applicable en la matière comme il était énoncé dans l'arrêt *Deal v. Deal*, le juge Cowan a déclaré ce qui suit[167] :

[165] Le tribunal a cité l'arrêt de la Cour suprême *Smith v. Smith* (1952), [1952] 2 S.C.R. 312, 3 D.L.R. 449 au soutien de l'utilisation de la norme de preuve en matière civile.

[166] (1968), 3 D.L.R. (3d) 100 (N.S. Divorce and Matrimonial Ct.).

[167] Ibid, pp. 114-115.

[Traduction]
Cependant, à mon avis, l'intimé avait la capacité mentale pour apprécier la nature du contrat de mariage et les responsabilités qui en découlent. La preuve devant moi montre que l'intimé comprenait les responsabilités du mariage. Il est toutefois possible qu'en raison de son état mental, il était moins capable que d'autres personnes d'acquitter pleinement ces responsabilités. Les témoins qui ont émis l'opinion que l'intimé n'avait pas la capacité de comprendre la nature du contrat qu'il allait conclure et les responsabilités qui en découlent normalement me semblent avoir plutôt évalué la capacité et l'aptitude de l'intimé d'acquitter ces responsabilités que sa capacité d'apprécier les responsabilités qui découlent normalement du contrat de mariage.

Dans l'arrêt *Thompson v. Thompson*[148], la demanderesse avait contracté mariage pendant qu'elle souffrait de dépression et alléguait que la contrainte dont elle avait été victime avait vicié le consentement qu'elle avait donné pendant la cérémonie du mariage. Cependant, puisque la dépression n'avait pas diminué son aptitude à comprendre la nature du contrat de mariage qu'elle allait conclure, son cas ne donnait pas ouverture à l'annulation pour cause de contrainte.

Dans l'arrêt *Re McElroy*[149], la cour des successions devait trancher deux contestations : l'une portait sur un testament fait une semaine avant le décès du testateur, et l'autre sur la validité du mariage qui avait été célébré deux jours avant son décès. Les circonstances suspectes ayant entouré la rédaction et la passation du testament ont fait en sorte que le requérant devait prouver que le testament était l'acte volontaire d'une personne saine d'esprit et capable de tester. En l'espèce, le tribunal n'était pas convaincu et il a refusé d'homologuer le testament.

Après avoir rendu cette décision, le tribunal devait alors déterminer si le testateur avait la capacité de se marier, puisqu'un mariage valide aurait, par l'effet de la loi, révoqué le testament antérieur. Le juge Hornsberger, de la cour des successions, a cité l'arrêt *Re Park* et a rappelé le critère à appliquer en la matière, c'est-à-dire que la personne soit «[Traduction] en mesure de comprendre la nature du contrat qu'elle allait conclure, sans être en proie à des idées délirantes morbides à ce sujet». En l'espèce, il a été jugé que le défunt avait pu apprécier les obligations et les responsabilités qui découlaient du mariage et qu'il avait la capacité mentale de comprendre le contrat qu'il allait conclure. En l'espèce, le fait d'avoir obligé la partie qui alléguait l'invalidité du testament à faire la preuve d'incapacité a manifestement été déterminant pour que l'on décide que le testateur avait la capacité de se marier, même si son testament n'avait pas été homologué

[148] (1971), 19 D.L.R. (3d) 608 (Sask. Q.B.).

[149] (1978), 22 O.R. (2d) 381, 93 D.L.R. (3d) 522.

au motif d'incapacité de tester.

3. Capacité de choisir un décideur subrogé

Les personnes appelées à décider devraient être capables de comprendre la nature des décisions qui seront prises par le décideur subrogé ainsi que la nature des liens qui les unissent au subrogé éventuel. Même si les questions soulevées par le choix d'un subrogé débordent le cadre du présent rapport, les problèmes liés à la possibilité de conflits d'intérêts comme ceux qui pourraient résulter de la nomination d'un dispensateur de soins, d'un défenseur des droits ou d'un administrateur pour agir comme subrogé pourraient aussi avoir une incidence sur l'évaluation de la capacité de la personne. Nous recommandons que les personnes qui ont de tels liens avec une personne aient le droit d'agir à titre de décideur subrogé de celle-ci seulement sous surveillance légale officielle.

Étude de la loi et de la jurisprudence

Veuillez consulter les lois pertinentes citées en annexe.

Jurisprudence

La possibilité de nommer un «représentant du malade»[170], ou de donner sa procuration «permanente»[171] sont deux innovations relativement récentes. À notre connaissance, les tribunaux n'ont pas encore eu l'occasion de préciser la capacité nécessaire pour nommer de tels subrogés. Néanmoins, la jurisprudence a traité de cette question dans certains arrêts sur les procurations traditionnelles. Les principes énoncés dans ces arrêts devraient normalement pouvoir s'appliquer aux mécanismes de représentation plus récents.

Dans l'arrêt *McEwen v. Jenkins*[172], la Cour suprême devait décider si le

---

[170] En vertu de l'article 1 de la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, tel que modifié par L.O. 1987, chap. 37, art. 2.

[171] La fin de l'incapacité ne met pas automatiquement fin à la procuration. Voir les dispositions de la *Loi sur les procurations* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 386 (modifié) reproduites en annexe.

[172] (1958), [1958] S.C.R. 719.

testateur/donateur qui avait donné sa procuration avait la capacité nécessaire pour signer l'un ou l'autre de ces actes. La Cour a jugé que l'auteur de ces deux actes ne jouissait pas de la capacité nécessaire, en s'appuyant sur le principe qu'une personne saine d'esprit et capable de tester devrait être en mesure de comprendre, de sa propre initiative et par sa propre volonté, les éléments essentiels de l'opération. En l'espèce, la Cour était d'avis que les personnes qui avaient soumis le testament à l'homologation et qui agissaient en vertu de la procuration que leur avait donnée le défunt n'avaient pas établi que celui-ci jouissait des facultés mentales qui lui auraient permis de comprendre la portée et les conséquences des gestes qu'il avait posés. La preuve montrait qu'aux époques pertinentes le défunt souffrait habituellement de confusion mentale et qu'il n'avait pas la capacité de discernement. Par ailleurs, aucune preuve concluante n'a permis d'établir que les actes avaient été passés pendant des intervalles de lucidité.

L'arrêt *Hrycan Estate v. Hrycan*[173] portait lui aussi sur une contestation de la validité d'un testament et d'une procuration. Dans cette affaire, le tribunal a examiné le droit applicable en matière de capacité de tester et a notamment cité les arrêts *Léger v. Poirier*, *Banks v. Goodfellow*, et quelques autres jugements qui ont traité de cette question. Le tribunal s'est finalement dit «[Traduction] convaincu que le testament et la procuration signés par Sophie Hrycan le 18 février 1982 exprimaient fidèlement sa pensée à un moment où elle jouissait incontestablement de la capacité de tester». Selon ce jugement, le test pour évaluer la capacité de donner une procuration serait identique au test qui permettrait d'évaluer la capacité de tester, ou à tout le moins semblable, quoique moins exigeant. Étant donné les similitudes qui existent entre ces deux actes et le fait qu'ils sont souvent passés en même temps et en faveur de la même personne, il serait logique qu'un même test puisse servir dans les deux cas. Ces arrêts ne précisent pas la partie qui aurait le fardeau de prouver la capacité de signer la procuration. Le rapport qui semble avoir été établi par les tribunaux porte à croire qu'il devrait incomber à la partie qui allègue la validité de la procuration. À notre avis, cette solution n'est pas souhaitable dans tous les cas. Nous imposerions plutôt le fardeau de la preuve à la partie qui allègue l'incapacité dans toutes les affaires mettant en cause la nomination d'un subrogé.

[173] (1986), [1986] S.J. No 534 (Q.B.).

4. Capacité de prendre des décisions concernant la divulgation de l'information

La personne appelée à prendre une décision devrait être en mesure de comprendre son droit d'autoriser la divulgation, la nature des renseignements qui seront divulgués, l'identité de la partie à qui les renseignements seront divulgués, la raison pour laquelle la divulgation a été demandée et les conséquences probables de cette divulgation.

Étude de la loi et de la jurisprudence

Veuillez consulter les lois pertinentes citées en annexe, notamment les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*, récemment modifiées[174], qui consacrent la reconnaissance grandissante du droit fondamental des malades au respect du caractère confidentiel des renseignements à leur sujet et de leur droit d'avoir accès à leur propre dossier médical et de l'étudier[175].

Jurisprudence

La capacité de consentir à la divulgation du dossier de santé doit être étudiée à la lumière des règles de la common law et des textes de loi qui imposent aux professionnels de la santé l'obligation d'assurer le caractère confidentiel des renseignements et qui régissent la divulgation de ceux-ci[176]. En Ontario, les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*, citées en annexe, prescrivent de nombreuses directives en la matière. Cependant, à part une définition générale de

---

[174] Voir particulièrement les arts. 29 et 29a.

[175] Ces modifications consacrent l'importance grandissante accordée aux droits individuels et la reconnaissance de ces droits dans la jurisprudence. Par exemple, voir l'arrêt *Lindsay v. M.* (1981), 121 D.L.R. (3d) 261 (Alta. C.A.). Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[176] Les droits des malades à l'égard du dossier médical ont fait l'objet d'une enquête menée par monsieur le juge Horace Krever, nommé en 1977 en vertu de la *Loi sur les enquêtes publiques*, L.O. 1971, chap. 49, art 6 (1). Cette enquête devait examiner la question du caractère confidentiel des dossiers de santé en Ontario. Les dispositions législatives et les garanties actuelle en la matière se sont inspirées en grande partie du rapport de la Commission. Les travaux de la Commission ont surtout porté sur les centaines de cas d'abus où des médecins et d'autres employés d'hôpitaux de l'Ontario divulguaient des renseignements d'ordre médical à caractère confidentiel. Ces travaux ont donné lieu à un litige où il fallait déterminer si les médecins et employés d'hôpitaux qui avaient divulgué des dossiers médicaux à la police jouissaient de l'immunité accordée en principe aux indicateurs de police. Voir l'arrêt *Re Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario* (1978), 21 O.R. (2d) 402, 90 D.L.R. (3d) 576 (Div. Ct.). porté en appel (1979) D.L.R. 9 (3d) 704 (C.A.), permission d'en appeler à la Cour suprême du Canada accordée (1981), 38 N.R. 588.

la capacité à l'article 1, la loi ne fournit aucune ligne directrice sur l'évaluation de la capacité de consentir à la divulgation du dossier médical. À notre connaissance, les tribunaux de l'Ontario n'ont pas encore eu à se prononcer sur cette question[177]. Néanmoins, les tribunaux ont reconnu que «[Traduction] le malade, ou le représentant personnel d'un malade décédé possède un intérêt dans le contenu du dossier médical, analogue au droit de propriété intellectuelle» et qu'un hôpital ne doit pas exercer la discrétion qui lui est accordée en vertu de la *Loi sur les hôpitaux* pour empêcher quelqu'un de prendre connaissance du dossier[178].

F. EXAMEN DES CRITÈRES EMPLOYÉS DANS LES CONTEXTES DÉCISIONNELS - RÉSUMÉ

Les tests pour évaluer la capacité doivent porter sur les exigences fonctionnelles de chaque décision. Les textes de loi et la jurisprudence précités mettent en évidence les nombreux questions et conflits qui résultent inévitablement de l'élaboration de critères d'évaluation de la capacité. La promotion de l'autonomie, par opposition à l'intérêt véritable de la personne, constitue sans doute le conflit le plus fondamental. À cet égard, il est intéressant de noter à quel point les tribunaux sont disposés à intervenir lorsqu'ils veulent éviter un résultat indésirable à leur avis. Les juges semblent tenir compte de l'ensemble des circonstances propres à chaque affaire puisqu'ils apprécient, tantôt le processus qui permet de prendre une décision, tantôt le résultat probable de celle-ci. Cette pratique illustre le souci en common law de favoriser «le caractère raisonnable». Dans plusieurs arrêts de common law, les tribunaux appelés à décider si la personne répond aux critères établis en matière de compréhension et d'appréciation semblent tenir compte du contexte et appliquent des normes plus sévères lorsque

---

[177] La plupart des arrêts en matière de divulgation du dossier médical portent sur des différends concernant l'accès à ces renseignements pour s'en servir comme éléments de preuve dans le cadre d'un litige. Par exemple, voir l'arrêt *Re L.* (1981), [1981] O.J. No. 1 (Co. Ct.), dans lequel le tribunal tente de concilier, d'une part, les dispositions de la *Loi sur la santé mentale* qui limitent la divulgation du dossier pour protéger le malade, et, d'autre part, les intérêts de la justice dans le cas où l'une des parties voudrait mettre ces renseignements en preuve devant le tribunal. Voir aussi l'arrêt *R. v. Worth* (1989), [1989] O.J. No. 1301 (H.C.), qui a rejeté une requête pour faire annuler des mandats de perquisition qui ordonnaient aux autorités des systèmes de santé dans trois provinces de fournir le dossier d'une personne qui avait déjà reçu des soins psychiatriques, aux fins d'une mise en accusation pour meurtre.

[178] Voir l'arrêt *Re Mitchell and St.Michael's Hospital* (1981), 29 O.R. (2d) 185, 112 D.L.R. (3d) 360 (H.C.) où il est question de la discrétion accordée à l'hôpital en vertu de la *Loi sur les hôpitaux publics*, L.R.O., chap. 410, art. 11. Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt. Voir aussi *Strazdins v. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto (1978), 22 O.R. (2d) 47, 7 C.P.C. 243, 7 C.C.L.T. 117.*

la preuve montre que la décision a pu être viciée par un abus d'influence ou d'autres facteurs semblables. Les tribunaux ont tenté de résoudre l'ensemble des questions liées aux critères pertinents, traitées précédemment. Ils ont en outre abordé, sans toutefois y avoir répondu, la question de la valeur probante relative de la preuve d'un témoin profane par rapport à une preuve d'expert[179].

En conclusion, la common law ne semble pas avoir réussi à résoudre clairement la question fondamentale des critères qui permettent d'apprécier la décision, et plus spécialement la valeur probante qu'il y a lieu d'accorder au processus décisionnel par opposition aux conséquences qui découlent de la décision. Les tribunaux hésitent généralement à reconnaître la validité d'une décision qu'ils jugent manifestement déraisonnable. Ils semblent donc exiger que le décideur se conforme à une norme sociale. Comme l'illustre l'arrêt *McKay v. O'Doherty*[180], le critère de l'«appréciation», établi par la *Loi sur la santé mentale*, a parfois été interprété de manière à obliger la personne à respecter une certaine conformité sociale dans la mesure où le tribunal exigeait que le malade accepte son diagnostic pour pouvoir être jugé apte à comprendre les conséquences qui résultent de son consentement ou de son refus de l'accorder. La personne que l'on dit en proie à des idées délirantes pose le problème le plus épineux pour la personne chargée d'évaluer la capacité, dans la mesure où l'incapacité est présumée exister dès qu'il y a refus ou incapacité de percevoir le monde selon les normes socialement acceptables. Pour cette raison, nous proposons que cette catégorie de personnes fasse l'objet d'une reconnaissance particulière et bénéficie de garanties supplémentaires sur le plan de la procédure, afin d'empêcher que l'évaluation de la capacité ne soit employée pour imposer la conformité sociale.

G. CATÉGORIES DE DÉCIDEURS

1. Malades mentaux

Les personnes souffrant de maladie mentale sont celles qui présentent par la pensée, l'expression ou la conduite des symptômes de maladie mentale selon les

[179] Voir les opinions partagées des juges majoritaires et dissidents dans l'arrêt *Re Schwartz* (1970), [1970] 2 O.R. 61 pour connaître les arguments soulevés dans ce débat. Voir l'annexe III pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

[180] (1989), [1989] O.J. No. 965.

définitions prescrites par la loi.

Paramètres importants

L'évaluation de la maladie mentale à partir de l'examen de l'état mental est fondée sur les paramètres suivants : le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception du bénéficiaire); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur).

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Depuis très longtemps, il existe une tendance à confondre la maladie mentale et l'incapacité, surtout dans les cas d'internement involontaire. Malgré les modifications législatives en la matière depuis une vingtaine d'années, les attitudes et les croyances mettent du temps à emboîter le pas. C'est pourquoi il faut accorder une importance toute particulière aux principes de l'autonomie et de l'autodétermination lorsqu'il s'agit d'évaluer les personnes de cette catégorie.

2. Déficients mentaux

Les déficients mentaux souffrent d'un handicap de développement, c'est-à-dire d'un état d'affaiblissement mental qui existait ou qui s'est manifesté pendant les années formatrices de la personne et qui se caractérise par un comportement adaptatif limité[181].

Paramètres importants

La déficience mentale est évaluée à partir des paramètres suivants : le fonctionnement cognitif, qui comprend le sensorium (surtout la conscience et l'orientation), la mémoire et l'exécution de tâches intellectuelles, ce qui renvoie à

[181] *Loi sur les services aux personnes atteintes d'un handicap de développement*, L.O. 1974, chap. 2, art. 1 c).

l'évaluation de l'étendue des connaissances, de la faculté de compter et de calculer, et de la perspicacité. Le caractère irréversible de l'état sous-jacent est un critère important et met en évidence le besoin d'offrir la formation appropriée pour permettre à la personne d'atteindre son potentiel mental optimal.

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

À l'instar de la maladie mentale, la tendance à confondre la déficience mentale et l'incapacité sur le plan décisionnel existe depuis longtemps. Les déficients mentaux peuvent être taxés d'incapacité, qu'ils soient internés ou non. Comme dans le cas de personnes souffrant de maladie mentale, des efforts ont été fait au cours des dernières années pour encourager l'autonomie et l'autodétermination chez ces personnes, même si ces efforts se sont vu opposer une résistance sociale considérable.

3. Malades gériatriques

Il s'agit ici des personnes âgées de 65 ans et plus qui souffrent d'affections médicales. Nous accordons un intérêt particulier aux malades qui souffrent de troubles physiques pouvant se manifester sur les plans physique, mental, comportemental ou émotionnel, même si nous reconnaissons que cette catégorie comprend aussi les personnes souffrant de maladies mentales fonctionnelles.

Paramètres importants

Les éléments traditionnels employés pour l'examen de l'état mental s'appliquent à l'évaluation des personnes âgées : le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception du malade); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur); l'auto-protection, les préférences rigidifiées et le fonctionnement social (l'aptitude à prendre soin de soi-même et à prendre des décisions sociales appropriées). Ces paramètres doivent être évalués en fonction des exigences fonctionnelles des circonstances particulières de la personne. À la lumière de ce qui précède, un changement inexpliqué des schèmes décisionnels peut revêtir une importance toute particulière dans le cas des

personnes de cette catégorie.

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Les personnes âgées sont susceptibles d'être jugées de façon stéréotypée comme séniles et donc incapables. Ces personnes manquent de ressources financières, leur force physique diminue, et l'absence de systèmes de soutien appropriés a souvent pour conséquence d'empêcher les personnes de ce groupe d'affirmer leurs droits. La tendance des membres de ce groupe à être considérés comme socialement marginaux et traités comme incapables doit être consciemment contrée.

Le problème de la capacité mentale chez les personnes âgées est discuté de façon plus approfondie au chapitre XII.

4. Mineurs

La catégorie des mineurs comprend les enfants en bas âge, les enfants et les adolescents, qui présentent chacun des incapacités fonctionnelles quelconques. Ceci pose des problèmes théoriques puisque les connaissances actuelles en psychologie du développement semblent indiquer que la plupart des personnes ont le sens de la moralité dès le début de la période d'adolescence.

Paramètres importants

Certains critères de développement, qui portent surtout sur des notions comme la compréhension immédiate et le jugement, sont souvent utilisés pour justifier la présomption d'incapacité chez les mineurs. L'on invoque la susceptibilité apparente des mineurs aux influences externes pour tenter de démontrer leur manque de jugement.

La présence de décideurs subrogés reconnus par la société, notamment les parents et les tuteurs, est un autre paramètre souvent employé. Ainsi, les mineurs «émancipés» ou mariés sont considérés comme des personnes capables tandis que leurs pairs qui vivent encore chez leurs parents ne le sont pas. Les exceptions créées pour des motifs de politique sociale, notamment en matière de traitement

des maladies transmises sexuellement, de toxicomanie, de services de consultation au sujet de la contraception et d'avortement, confirment le caractère essentiellement social des critères d'évaluation de la capacité, par opposition à des critères d'ordre fonctionnel.

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Généralement, les mineurs dépendent entièrement de leurs parents ou de leurs tuteurs pour la satisfaction de leurs besoins matériels et financiers. Il est couramment admis qu'ils auront besoin de protection comparable en cas d'absence ou d'éclatement de la structure familiale traditionnelle.

Le thème de la prise de décision chez les enfants et les adolescents est abordé au chapitre XI.

5. Malades qui reçoivent des soins médicaux

Il s'agit surtout de personnes hospitalisées qui souffrent de maladies aiguës ou chroniques. Certains groupes sont particulièrement vulnérables, par exemple les malades soumis à une surveillance et à un contrôle étroits, notamment les grands malades hospitalisés aux services des soins intensifs et des unités coronariennes, ainsi que les malades hospitalisés dans les établissements de soins de longue durée ou qui sont autrement immobilisés et confinés.

Paramètres importants

Les malades qui reçoivent des soins médicaux sont évalués en fonction des paramètres suivants : le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception du malade); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur). L'on doit porter une attention particulière aux préférences des malades à la lumière de leur vécu.

Vulnérabilité et caractéristiques particulières pertinentes

Les malades dans cet état peuvent être vulnérables à la coercition physique ou mentale et leur état physiologique risque de causer une détérioration de leurs processus cognitifs.

6. Malades en phase terminale

Ces personnes souffrent d'une affection incurable causée par une maladie ou une blessure. Indépendamment du traitement médical destiné à les maintenir en vie, l'affection dont elles souffrent sera ultimement fatale, de l'avis raisonnable des médecins. En de telles circonstances, le traitement est simplement destiné à maintenir le malade en vie le plus longtemps possible.

Paramètres importants

Le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception du malade); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur). L'on devrait accorder une importance particulière aux préférences du malade.

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Ces personnes sont souvent démunies et incapables de diriger leurs vies.

7. Détenus

Les personnes incarcérées dans les prisons et les établissement de détention sont soumises à plusieurs forces qui peuvent avoir une incidence sur leur capacité apparente.

Paramètres importants

Les paramètres suivants permettent d'évaluer les détenus : le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception de la personne); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur).

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Les personnes détenues contre leur gré pour de longues périodes ont tendance à devenir très dépendantes. Cette caractéristique les rendrait susceptibles aux influences externes qui pourraient aller à l'encontre de leur propre intérêt. En outre, le fait d'encourager la participation en offrant des avantages pécuniaires pourrait vicier le caractère volontaire de la participation, surtout dans les cas d'essais cliniques.

8. Sujets d'études cliniques

Cette catégorie peut comprendre les membres des catégories précédentes ainsi que d'autres membres de la société.

Paramètres importants

Les sujets d'études cliniques sont évalués à partir des paramètres suivants: le contenu de la pensée (idées délirantes, méfiance, réserve, quantité d'idées exprimées); le processus mental (volume de la pensée, débit, cohérence, pertinence, logique, blocage, néologismes); les hallucinations (perception de la personne); les aptitudes cognitives (sensorium, mémoire, tâches intellectuelles - comprend le jugement et la perspicacité); l'humeur et l'affect (intensité, durée, fluctuation de l'humeur).

Même si la doctrine du consentement éclairé exige la divulgation entière et complète des renseignements dans tous les cas, il faudrait appliquer une norme un peu plus rigoureuse dans le cas des personnes qui ne tireront vraisemblablement aucun avantage thérapeutique de l'étude clinique à laquelle elles consentent à

participer.

Vulnérabilité ou caractéristiques particulières pertinentes

Les essais cliniques qui portent sur des sujets vulnérables doivent être soumis à une surveillance et à une réglementation rigoureuses, surtout dans les cas où l'essai ne procurera sans doute aucun bienfait au sujet.

H. CATÉGORIES DE DÉCIDEURS - RÉSUMÉ

L'évaluation formelle de la capacité devrait tenir compte des paramètres et des vulnérabilités liés aux caractéristiques propres au sujet de l'évaluation. Les tests doivent être administrés de manière à respecter les préoccupations culturelles et sociales précitées.

XI. PRISE DE DÉCISION CHEZ L'ENFANT ET L'ADOLESCENT

A. LA MAJORITÉ LÉGALE ET LE RÔLE DE LA FAMILLE

En 1989, le mandat de la présente enquête a été étendu de façon à inclure les questions de capacité chez les enfants. Les questions liées aux enfants diffèrent des problèmes de capacité en général du fait de la position de l'enfant dans la famille, institution sociale qui est habituellement considérée comme la protectrice de l'intérêt véritable de l'enfant. Non pas que la famille ne soit pas pertinente pour les adultes qui sont de capacité marginale. C'est plutôt que l'âge de la majorité est généralement considéré comme celui auquel la personne acquiert le droit à la liberté, loin de tout contrôle familial. La question est de savoir si ce droit peut être étendu aux personnes qui ne sont pas encore des adultes et dans quelle mesure.

La notion d'âge adulte est une notion plutôt floue en droit. Le droit reconnaît que les enfants sont capables de décisions différentes à des âges différents et que l'enfant possède plus de droits au fur et à mesure qu'il grandit. En droit criminel, les personnes deviennent responsables dès l'âge de sept ans[182]. La responsabilité délictuelle peut être mise en oeuvre dès l'âge de 6 ou 7 ans et si l'enfant n'a pas fait preuve de la diligence dont un enfant de son âge aurait fait preuve, et pour l'enfant qui se livre à des activités apparentées à celles de l'adulte, la responsabilité civile sera la même que celle de l'adulte qui se livre à ces activités[183]. À partir de sept ans, le consentement de l'enfant par écrit est nécessaire à toute adoption de cet enfant[184]. À l'âge de 12 ans, il peut aller au cinéma après 19 h 30 et pendant les heures d'école, à l'âge de 14 ans, il lui faut consentir à toute demande visant à changer son nom. L'école est obligatoire jusqu'à l'âge de 16 ans et à cet âge les enfants ont aussi le droit de demander un permis de conduire et de se marier, avec le consentement de leurs parents. En common law, et dans les anciennes lois, 16 ans était aussi l'âge auquel les tribunaux

---

[182] Ceci a été modifié par la loi et remplacé par l'âge de 12 ans : voir la *Loi sur les jeunes contrevenants* S.R.C. 1985, c Y-1 et *Code criminel*, S.R.C. 1985, c C-42, art. 13. Jusqu'à l'âge de seize ans, la personne doit être jugée devant un tribunal pour adolescents; pour les personnes âgées de seize ou dix-sept ans, une demande doit être faite au juge pour que le procès se déroule devant un tribunal pour adultes.

[183] Voir J. Wilson et M. Tomlinson *Children and the Law*, (2e éd.), (Toronto, Butterworths, 1986) p. 297. Les parents peuvent, dans certains cas, être tenus responsables des actes d'un enfant de moins de six ou sept ans mais l'enfant lui-même ne peut être tenu responsable personnellement pour les dommages.

[184] Voir la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, chap. 55, par. 131(6).

refuseraient d'obliger un enfant à retourner au domicile de ses parents. Lorsqu'une personne atteint l'âge de dix-huit ans, elle a une panoplie de droits et de privilèges. L'enfant peut voter, acheter du tabac, être nommé au conseil d'administration, faire un testament[185], ester en justice en son propre nom, et acquérir des droits contractuels complets. Il peut acheter de l'alcool et le consommer dès l'âge de dix-neuf ans. Vingt-et-un ans n'est plus maintenant le seuil important de l'âge adulte bien qu'il soit demeuré l'âge du consentement pour certaines activités sexuelles jusqu'en 1989.

Vingt-et-un ans était considéré comme l'âge de la majorité jusqu'à très récemment au cours du vingtième siècle, et ce depuis des centaines d'années. Il ne semble pas que quoi que ce soit d'important dans le développement mental ne soit intervenu dans le choix de vingt-et-un ans. Il semblerait cependant que l'âge correspondait au droit et à la capacité de porter les armes et que c'est à l'âge de vingt-et-un ans que les hommes devenaient assez forts pour porter la lourde armure médiévale[186]. Dans toutes les provinces canadiennes, la loi a ramené l'âge de la majorité à dix-huit ans, en général. Ce changement s'est produit en Ontario avec l'adoption de la *Loi sur la majorité et la capacité civile* en 1971[187].

La reconnaissance juridique des droits et obligations de la famille envers les enfants manque tout autant de clarté. Pour nos besoins, nous dirons que la famille est en général constituée des parents de l'enfant; le droit ne tient en général que très peu compte des droits de la famille élargie. En général, le droit tient compte du droit des parents à la garde et aux soins de leurs enfants. Les tribunaux ont reconnu le pouvoir de l'État d'intervenir dans les soins des enfants depuis au moins le début du dix-huitième siècle[188] mais récemment ce pouvoir n'a pu être exercé en

---

185 L'enfant marié âgé de moins de dix-huit ans peut aussi tester.

186 L.H. Glantz, G.J. Annas et B.F. Katz «Scientific Research with Children: Legal Incapacity and Proxy Consent». (1977) 11 *Family Law Quarterly* 235; cité par L. Weithorn «Involving Children in Decisions Affecting their Own Welfare». Dans G. Melton, G. Koocher et M. Saks (éd.), *Children's Competence to Consent*, (New York: Plenum Press, 1983), p. 239.

187 L.O. 1971, chap. 98, consolidé dans L.R.O. 1980, chap. 7.

188 Voir *Shaftsbury (Earl of) v. Shaftsbury* (1725), Gilb Rep. 172. Dans cette affaire, le tribunal cite *Freeman v. Bishop of Oxford* (1719) et *Vernon's Case* (1723-24) comme précédents pour appuyer la compétence du tribunal en ce qui concerne les enfants (doctrine du *parens patriae*). L'affaire *Shaftsbury* ne donne pas de détails sur la controverse en ce qui concerne l'enfant en cause; les deux affaires citées à l'appui concernaient l'éducation de l'enfant. Dans l'affaire *Freeman*, le tribunal est intervenu pour transférer l'enfant de la Oxford University à la Cambridge University. Dans *Vernon*, l'enfant a été transféré sur ordre du tribunal à Eaton

l'absence de circonstances graves comme la négligence de l'enfant. À la différence de la situation existant pour l'adulte incapable, aucune nomination du tribunal n'est imposée pour que le parent prenne des décisions personnelles de tutelle au nom de l'enfant[189]

Tandis que les parents sont reconnus en common law comme ayant les droits personnels de tutelle sur leurs enfants, il n'existe aucune obligation en droit civil de soin des enfants en common law[190]. Sans doute en réponse à cet aspect, le parlement de l'Ontario a adopté le *Children's Maintenance Act* en 1931[191]. Cette loi a créé une obligation civile d'entretenir et d'éduquer ses enfants jusqu'à ce qu'ils atteignent l'âge de 16 ans. L'article 4 de la loi restreignait cependant l'obligation:

> [Traduction]
> 4. Aucune disposition de la présente loi ne saurait être interprétée comme imposant un traitement correctif particulier pour un enfant, contrairement à l'objection du parent, tuteur ou de la personne qui agit *in loco parentis*.

Bien que cet aspect ne semble pas avoir été soumis à l'interprétation d'un tribunal, il semblerait que cet article ait été compris comme interdisant l'imposition d'une obligation civile en ce qui concerne le traitement médical d'un enfant.

School. Il est difficile d'imaginer que le tribunal exerce sa compétence de *parens patriae* dans de telles circonstances aujourd'hui. Pour de plus amples discussions sur *Shaftsbury (Earl of) v. Shaftsbury*, voir l'annexe III.

[189] Comme précédent récent sur ce point, voir *Re Eve* (1986), 13 C.P.C. 6 (C.S.C). Pour de plus amples discussions sur cette affaire, voir l'annexe II et l'annexe IV.

[190] *Childs v. Forfar* (1921), 67 D.L.R. 17; 51 O.L.R. 210. La question s'est posée plus fréquemment dans les causes de recouvrement à l'encontre du parent pour les services fournis à l'enfant. Le tribunal a reconnu l'existence d'une forte obligation morale pour le parent de donner les soins nécessaires à l'enfant et il a tendu par conséquent à forcer le parent à payer même en l'absence d'arguments très convaincants : Voir par exemple *St. Catharines General Hospital v. Sviergula*, [1961] O.R. 164 (H.C.), où l'engagement du père de payer autant qu'il le pourrait quand il le pourrait avait été considéré comme un contrat exécutoire entre le père et l'hôpital. Cependant, sans certaines déclarations, cette dette n'était pas exécutoire, la common law n'a pas créé en soi une obligation de payer qui découle de la relation entre les parents et leurs enfants.

De plus, le rappel du défaut d'un parent de donner les soins nécessaires à un enfant pourrait entraîner l'invocation de la compétence de l'État à titre de *parens patriae* en ce qui concerne l'enfant et la destitution de l'autorité parentale sur l'enfant. Dans certaines circonstances, il pourrait même en résulter des condamnations au criminel : voir ci-dessous.

[191] L.O. 1931, chap. 34.

Le *Children's Maintenance Act* a été modifiée en 1971 pour inclure une obligation de soutien et d'éducation aux enfants âgés de seize ou dix-sept ans qui étaient inscrits à plein temps dans un établissement d'enseignement. En 1978, les dispositions de soutien étaient incluses dans le *Family Law Reform Act*, sans l'équivalent de la clause 4 citée ci-dessus. Les dispositions sont maintenant reflétées dans la clause suivante de la *Loi sur le droit de la famille* :

> 31 (1) Le père et la mère sont tenus de fournir des aliments à leur enfant non marié qui est mineur ou qui suit un programme d'études à temps plein, dans la mesure de leurs capacités et des besoins.
>
> (2) L'obligation prévue au paragraphe (1) ne s'applique pas à l'enfant de seize ans ou plus qui s'est soustrait à l'autorité parentale[192].

La responsabilité civile qui en découle peut sembler surtout de nature financière. Cela en harmonie avec le fait que les dispositions spéciales pour le traitement correctif ont été abrogés. Avec l'avènement de la médecine socialiste, le traitement médical ne présente plus de menaces financières comme c'était le cas en 1930, lors de l'adoption du *Children's Maintenance Act*.

Le droit criminel prévoit que les parents et les personnes *in loco parentis* fournissent ce qui est nécessaire à la vie de l'enfant jusqu'à l'âge de seize ans[193]. Le refus de traitement médical adéquat par un parent à son enfant engage sa responsabilité pénale en vertu de cet article seulement si le traitement est nécessaire pour préserver la vie. À défaut de donner ce traitement cependant, le parent pourrait être jugé coupable d'homicide par négligence criminelle si le défaut de fournir le traitement accélère le décès de l'enfant[194].

En résumé, la loi reconnaît certainement la relation qui existe entre les parents et les enfants et, par conséquent, en l'absence de circonstances graves pour la destitution de l'autorité parentale, elle donne certains droits décisionnels aux parents. La responsabilité imposée aux parents au-delà de la responsabilité financière d'élever et d'éduquer leurs enfants se limite à la responsabilité criminelle de fournir ce qui est nécessaire.

---

[192] L.O. 1986, chap. 4, art. 31. La *Loi sur le droit de la famille* impose aux enfants d'entretenir leurs parents dans la mesure de leurs moyens.

[193] *Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-42, art. 215(1).

[194] Voir *R. v. Cyrenne, Cyrenne and Cramb* (1981), 62 C.C.C. (2d) 238 (C.D.O.).

Advenant que le parent ne fasse pas preuve du degré de soins normal, l'État peut, bien entendu, retirer les enfants du contrôle de leurs parents. Le droit de le faire en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* disparaît lorsque l'enfant atteint l'âge de seize ans[195]. Même dans le cas de protection de l'enfant, cependant l'État continue à reconnaître l'importance des liens familiaux. Les droits d'accès sont normalement donnés aux parents et la responsabilité financière des parents demeure. C'est à l'adoption de l'enfant que les liens avec la famille naturelle de l'enfant disparaissent effectivement.

Les pouvoirs décisionnels de fond des parents sont prévus en common law et, en général, ils peuvent être résumés comme incluant des décisions sur la garde et le contrôle de l'enfant. En droit, les parents sont présumés être les tuteurs personnels naturels de l'enfant et agir dans l'intérêt véritable de leurs enfants. Aucune désignation judiciaire n'est nécessaire avant l'exercice de cette tutelle personnelle. Cependant, pour conserver cette autorité, les parents doivent agir de la manière dont la common law conçoit «l'intérêt véritable» de l'enfant. À cet égard, le pouvoir du parent est le même que le pouvoir d'un tuteur nommé par le tribunal pour un adulte frappé d'incapacité mentale. Les deux principales causes concernant la portée de l'autorité d'un tuteur pour le traitement sont *Superintendent of Family and Child Service v. R.D. and S.D.*[196] [l'affaire Dawson], et *Re Eve*[197]. Dans ces deux affaires, on constate que les faits sont assez extrêmes mais elles fournissent une indication sur la portée de l'autorité parentale.

Dans l'affaire Dawson, il s'agissait d'un enfant souffrant de problèmes respiratoires qui, du fait d'une méningite cérébrale avait aussi un handicap développemental et physique grave. Le médecin traitant a recommandé une opération des artères qui donnait à Dawson une chance raisonnable de survie sans cependant régler ses handicaps. Sans le pontage, Dawson pouvait être sujet à des douleurs de plus en plus débilitantes. Ses parents ont refusé de consentir à tout autre traitement médical, préférant permettre à leur enfant de mourir en paix. Une demande a été faite concernant Dawson en vertu de la *Children's Protection Act* de la Colombie-Britannique. La Cour a conclu que le traitement devait être

---

[195] art. 37(1)(a).

[196] (1983), 42 B.C.L.R. 173 (B.C.S.C.). Pour de plus amples discussions sur cette affaire, voir l'annexe IV.

[197] (1986), 13 C.P.C. (2e) 8 (S.C.C.). Pour de plus amples discussions sur cette affaire, voir l'annexe II et l'annexe IV.

fait. La cour a aussi décidé qu'aucune distinction ne devait être faite entre la vie d'un enfant handicapé et celle d'un enfant normal et que la vie de tous les enfants devait être préservée. La Cour a consenti au traitement. À partir de cette affaire, on comprend que, lorsqu'il s'agit d'une intervention chirurgicale relativement routinière, le consentement au traitement qui peut sauver la vie est pratiquement toujours dans l'intérêt véritable de l'enfant. Il n'est cependant pas clair que cette règle s'étende au traitement extraordinaire nécessaire pour maintenir un enfant en vie[198].

L'affaire *Eve* portait sur un adulte souffrant d'un handicap de développement. Les médecins de Eve voulaient empêcher qu'elle tombe enceinte et, par conséquent, demandaient le consentement à une stérilisation non thérapeutique de Eve. Les parents de Eve ont fait une demande à la cour pour déterminer s'ils avaient la capacité de consentir à cette opération. L'affaire est allée jusqu'en Cour suprême du Canada, où il a été décidé que les parents n'avaient pas ce pouvoir. La Cour a raisonné de la façon suivante :

> Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. Elle doit être exercée conformément à son principe sous-jacent. Tout simplement, le pouvoir discrétionnaire permet de faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle il est exercé ... Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à d'autres personnes[199].

La Cour a finalement décidé que la stérilisation non thérapeutique ne pouvait jamais être autorisée par un décideur subrogé étant donné qu'elle ne serait jamais dans l'intérêt véritable du malade, mais les motifs cités ci-dessus sont plus vastes que cela. Les seuls intérêts qui doivent entrer en considération sont ceux de la personne incapable. Le fait qu'un enfant puisse poser beaucoup de problèmes au sein de sa famille et causer de la douleur à tous les autres membres de la famille n'est censément pas pris en considération lorsqu'il s'agit de décider de la manière dont il doit être traité. Comme aux États-Unis[200], un parent en Ontario pourrait

---

[198] Dans l'affaire *Eve*, la cour n'a pas tranché ce point en particulier : voir 13 C.P.C. (2e) 6 (S.C.C.), p. 38. Pour de plus amples discussions sur cette affaire, voir l'annexe II et l'annexe IV.

[199] Page 40. Pour de plus amples discussions sur cette affaire, voir l'annexe II et l'annexe IV.

[200] *Strunk v. Strunk*, 445 S.W. 2e 145 (Ky., 1969).

censément ne pas consentir à la transplantation d'organe d'un de ses enfants à son frère ou à sa soeur qui pourrait éventuellement mourir sans cette greffe du fait que cela n'apporte aucun avantage à l'enfant donneur d'organe[201]. Il est par conséquent clair que, d'un côté, la loi reconnaît que la famille constitue un cadre où des décideurs subrogés sont généralement choisis, ce qui confère un certain statut juridique à la relation familiale, mais il est aussi manifeste que lorsque les valeurs d'une famille entrent en conflit avec les intérêts de l'enfant définis de façon étroite, ce sont les intérêts de l'enfant qui prédominent. Pour que ces procédures aient reçu un consentement valide, il faut que le mineur qui y consent soit capable.

Il est intéressant de noter que rien n'empêche les enfants de posséder des biens, bien que nous verrons ci-après que ce privilège n'est pas une option pratique car ils peuvent être éventuellement empêchés d'exécuter les contrats concernant leurs biens. Les parents ne sont pas en «common law» de façon automatique les fiduciaires des biens de leurs enfants. Pour être nommé fiduciaire aux biens d'un enfant, le parent doit demander une nomination par le tribunal conformément à la *Family Law Reform Act*[202]. Ces nominations sont assujetties à la supervision du tribunal et des ordonnances du tribunal peuvent être nécessaires pour les transactions importantes concernant les biens de l'enfant à la suite de cette nomination si le tuteur ne doit pas être tenu responsable de la transaction.

B. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE DE L'ENFANT

Comme nous l'avons signalé précédemment, le droit sanctionne la maturité à diverses étapes de la vie de l'enfant. Le pouvoir de prendre les décisions visées par la présente Enquête est régi tantôt par la common law, tantôt par les lois et tantôt, dans une certaine mesure, par les règlements.

---

[201] De même, il est aussi douteux qu'un parent puisse consentir à toute forme de recherche médicale qui porte sur l'enfant, que cette recherche pose ou non un risque pour l'enfant, sauf si un avantage concret en découle pour l'enfant.

[202] L.R.O. 1980, chap. 68. La loi contient une exception selon laquelle les personnes qui doivent des dettes inférieures à 2 000 $ par an jusqu'à un plafond de 5 000 $ peuvent s'acquitter de ces dettes en payant le montant au parent qui a la garde de l'enfant.

La capacité de l'enfant d'administrer ses biens dépend de la nature de ceux-ci[203]. Par exemple, l'enfant qui a légalement le droit de travailler a le droit de toucher son propre salaire[204]. L'enfant peut recevoir des dons. Toutefois, pour être valides, les dons d'un enfant doivent généralement être ratifiés par celui-ci lorsqu'il atteint l'âge de dix-huit ans. L'enfant a en outre le droit de réclamer des aliments aux successions de ses parents en vertu de la *Loi portant réforme du droit des successions*. Cependant, les requêtes en vertu de cette loi sont généralement accompagnées d'une requête pour la nomination d'un tuteur en application de la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*. Par conséquent, il est rare qu'un enfant soit directement chargé de l'administration des biens qu'il obtient ainsi.

En principe, l'enfant peut posséder des biens en pleine propriété. Néanmoins, il pourra lui être impossible, en pratique, de posséder un patrimoine important, à cause des limites imposées à sa capacité de contracter. En règle générale, le droit absolu de contracter n'est accordé qu'à l'âge de dix-huit ans, Cependant, les contrats conclus par des mineurs ne sont pas automatiquement nuls. Le tribunal appelé à juger de cette question doit d'abord apprécier si le contrat litigieux cause un préjudice au mineur. Si tel est le cas, le contrat est frappé de nullité absolue. Dans certains cas, une clause jugée tout à fait usuelle dans le cadre d'une entente entre adultes pourra être jugée préjudiciable aux intérêts de l'enfant, ce qui aura pour effet de rendre tout le contrat nul et inexécutable[205]. Le caractère absolu de cette règle est conforme au principe établi dans l'arrêt *Eve*, où il a été jugé que la compétence de *parens patriae* doit être exercée pour protéger la personne incapable.

Les mineurs peuvent néanmoins contracter pour se procurer les biens et les services de première nécessité, pourvu que ces contrats ne portent aucun préjudice à leurs intérêts. Ce qui constitue un bien ou un service de première nécessité dépendra des circonstances. Il faut notamment tenir compte de l'âge du mineur, de ses besoins, de son degré d'émancipation et de son niveau de vie. Il pourra s'agir d'une automobile, par exemple, si le mineur en a besoin pour travailler. Cependant,

---

[203] Pour la partie de notre exposé qui traite de la capacité d'administrer ses biens, nous nous sommes abondamment inspirés de Wilson et Tomlinson, *Children and the Law*, (2e éd.), (Toronto : Butterworths, 1986), chapitre 5.

[204] Voir l'arrêt *Haas v. Nyholm*, [1923] 3 W.W.R. 921 (Sask. Dist. Ct.), cité par Wilson et Tomlinson à la p. 263.

[205] Voir, par exemple, l'arrêt *Ivan v. Hartley*, [1945] 4 D.L.R. 142 (H.C. Ont.), où le tribunal a jugé qu'une hypothèque mobilière était préjudiciable aux intérêts du mineur parce qu'elle comportait une clause type d'exigibilité anticipée et de reprise de possession.

il en va différemment si la voiture constitue un bien de luxe. On relève un cas où le contrat d'achat d'une maison a été maintenu parce que celle-ci a été jugée de première nécessité[206]. Ce jugement laisse entendre que d'autres contrats ayant pour objet le logement, les baux par exemple, seraient également susceptibles d'exécution. En outre, dans la mesure où les services médicaux continuent d'être régis par le droit des contrats, les contrats pour obtenir les services médicaux essentiels seraient eux aussi susceptibles d'exécution[207]. Enfin, la règle de common law qui prévoit le droit de contracter pour obtenir les biens et les services de première nécessité a été codifiée dans la *Loi sur la vente d'objets* de l'Ontario[208].

En règle générale, le contrat d'emploi est exécutoire, pourvu que le contrat soit avantageux au mineur. Le tribunal tient compte de la rémunération payée et des conditions fixées par d'autres employeurs pour déterminer si le contrat est avantageux pour l'enfant. La règle en matière de contrat d'emploi découle de la règle concernant les biens et les services de première nécessité : dans la mesure où l'emploi permet au mineur de toucher un rémunération, il s'agit d'un contrat de première nécessité puisqu'il permet à l'enfant de gagner sa vie. Compte tenu de cette attitude, il est plutôt paradoxal que le droit ne reconnaisse généralement pas que le contrat pour obtenir des biens et des services nécessaires à l'exploitation d'une entreprise soit un contrat de première nécessité. Le droit semble donc présumer que le mineur n'a pas la maturité voulue pour exploiter une entreprise, ce qui est plutôt illogique dans la mesure où l'on juge que l'enfant est assez mûr pour conclure un contrat d'emploi ou un contrat pour obtenir des services.

Selon la common law, à moins de faire partie de l'une de ces catégories exceptionnelles, les contrats passés par un mineur sont nuls ou annulables. Un contrat jugé préjudiciable aux intérêts du mineur est frappé de nullité absolue. Il ne produit donc aucun effet juridique. Les dettes contractées par un mineur sont annulables. Cependant, à cause d'une anomalie historique, elles doivent être ratifiées par le mineur au moment où il atteint la majorité[209]. Autrement, un contrat annulable est susceptible d'exécution à moins d'être désavoué par le mineur au moment d'atteindre sa majorité. Par ailleurs, si le mineur a obtenu un

[206] Voir l'arrêt *Soon v. Watson* (1962), 33 D.L.R. (2d) 428.

[207] Voir l'arrêt *Deziel v. Deziel*, [1953] 1 D.L.R. 651 (Ont. H.C.).

[208] L.R.O. 1980, chap. 462, art. 3.

[209] Voir l'article 7 de la Loi relative aux preuves littérales.

quelconque avantage du contrat, le mineur doit remettre au cocontractant la valeur équivalente de cet avantage obtenu pour pouvoir désavouer le contrat.

Quelques lois font exception à la règle de common law qui prévoit que les mineurs ne peuvent conclure des contrats. Par exemple, la *Loi sur l'apprentissage et la qualification professionnelle des gens de métier* prescrit que le contrat d'apprentissage d'un enfant âgé de seize à dix-huit ans doit être signé par l'un des parents de celui-ci, en plus de l'enfant lui-même. En vertu de la *Loi sur les assurances* de l'Ontario, les personnes âgées de seize ans et plus peuvent conclure des contrats d'assurance-vie. La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* renferme une disposition générale qui prévoit qu'une personne n'est pas inapte à conclure l'un des contrats qui y sont prévus du seul fait qu'elle n'a pas atteint l'âge de dix-huit ans[210]. Cette loi prévoit en outre qu'une personne âgée de moins de dix ans doit parfois consentir à certaines ententes selon les circonstances. Par exemple, un enfant âgé de sept ans ou plus doit consentir à une requête pour son adoption[211]. Pareillement, une entente de soins provisoires ne peut viser un enfant âgé de douze ans et plus sans son consentement[212].

Le droit actuel ne prévoit aucun moyen pour une personne âgée de moins de seize ans de nommer un décideur subrogé. En fait, un tel mécanisme de nomination est relativement nouveau. Il existe uniquement sous le régime de la *Loi sur la santé mentale*, et ce depuis 1987 seulement. Il s'agissait d'une innovation plutôt radicale par rapport au droit de l'époque. En effet, une personne incapable était immédiatement placée sous la garde de l'État, qui exerçait une discrétion absolue pour nommer un tuteur ou un curateur aux biens de la personne. La *Loi sur la santé mentale* précise qu'une personne doit être âgée d'au moins seize ans pour pouvoir nommer un décideur subrogé.

En règle générale, l'Enquête n'a pas été informée de difficultés majeures dans les dispositions actuelles en matière de capacité de contracter. Les difficultés signalées portaient surtout sur la volonté des mineurs d'être affranchis de l'autorité parentale. Le droit existant n'exclut pas cette possibilité, puisqu'ils ont le droit de conclure des contrats pour obtenir des biens et des services de première nécessité et de conclure les contrats d'emploi. Les limites imposées à l'aptitude de contracter

---

210 Paragraphe 4 (4).

211 Par. 131 (6).

212 Art. 29 (2) b).

résultent davantage de lois qui restreignent les droits du mineur à d'autres égards que la capacité. Par exemple, la loi limite son droit de travailler en imposant l'obligation de fréquenter l'école jusqu'à l'âge de seize ans. D'une certaine manière, cette obligation empêche le mineur de pouvoir subvenir à ses propres besoins. Toutefois, cette politique ne se rapporte pas à une question de capacité, mais plutôt à une politique sociale qui se veut favorable à l'instruction.

Pour ce qui est de l'accès aux soins médicaux, la règle de common law est la même pour les enfants que pour les adultes. Ainsi, un traitement médical ne peut être administré sans que l'on n'ait obtenu le consentement éclairé et volontaire d'une personne capable. À défaut d'obtenir ce consentement, la personne qui administre le traitement commet le délit civil d'acte de violence, puisqu'elle touche au malade contre son gré. Le droit ne précise pas l'âge auquel une personne devient capable. Comme nous l'expliquons ailleurs dans le présent rapport, il s'agit essentiellement de déterminer si la personne comprend la nature du traitement et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement à celui-ci. Le tuteur d'une personne incapable a le pouvoir de consentir au traitement de son pupille. Cependant, ce pouvoir doit être exercé conformément à l'intérêt véritable de la personne, comme nous l'avons mentionné précédemment.

En droit, la capacité se présume chez l'adulte. Il n'existe aucune règle explicite contraire dans le cas de l'enfant. Dans le principal arrêt ontarien en la matière, *Johnson v. Wellesley Hospital*[213], rendu alors que l'âge de la majorité était encore de vingt et un ans, Monsieur le juge Addy a jugé qu'il serait ridicule d'accepter la proposition qu'un adolescent près de la vingtaine n'était pas en mesure de consentir à ce qu'on le touche et ainsi opposé une fin de non-recevoir à la défense contre une action fondée sur un acte de violence. Cet arrêt laisse entendre que la présomption de capacité n'est pas renversée du seul fait que la personne n'a pas atteint l'âge de la majorité. Cependant, il serait spécieux, au plan juridique, de prétendre que le tribunal appliquerait la même présomption dans le cas d'un enfant âgé de trois ans que dans le cas d'un adulte. Même si, en principe, la règle juridique demeure la même, il est probable qu'en pratique, le tribunal accordera une importance à la présomption de capacité proportionnelle à l'âge de l'enfant. La jurisprudence en la matière est insuffisante pour pouvoir déterminer l'âge auquel la présomption de capacité devient particulièrement importante.

[213] [1971] 2 O.R. 103, 17 D.L.R. (3d) 139 (H.C.). Voir l'annexe V pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

Plusieurs règles de common law ont été modifiées. L'article 1 de la *Loi sur la santé mentale* prévoit qu'une personne âgée de moins de seize ans est réputée être incapable, mais que cette présomption peut être réfutée. La médecin traitant peut déterminer qu'une personne âgée de moins de seize ans est capable. La personne peut aussi faire une requête pour que son cas soit soumis au conseil de révision de la santé mentale. La présomption s'applique à la communication du dossier médical, au traitement psychiatrique et aux «traitements médicaux connexes», une expression définie dans la loi. Les traitements médicaux connexes se limitent aux traitements nécessaires pour administrer les médicaments psychiatriques en toute sécurité et pour traiter les effets secondaires des médicaments psychiatriques. Si l'enfant jouit de toutes ses facultés mentales, il a le même droit absolu que le malade adulte de refuser le traitement ou d'y consentir. Dans le cas des autres traitements, ce sont les règles de common law qui s'appliquent. Si la personne est incapable, la liste usuelle des décideurs subrogés qui figure à l'article 1 s'applique.

La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* prévoit qu'une personne ayant atteint l'âge de douze ans peut consentir à recevoir des services de consultation. Cependant, si la personne est âgée de moins de seize ans, le fournisseur de services doit, dès qu'il est convenable de le faire, discuter avec l'enfant de l'opportunité d'en informer ses parents[214]. L'enfant âgé de seize ans et plus a le droit de refuser les interventions dites de «techniques d'ingérence» prévues au règlement, ou d'y consentir[215]. Hormis ces dispositions, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* se distingue davantage par ce qu'elle ne précise pas au sujet du consentement au traitement médical que par ce qu'elle prévoit explicitement. Lorsque l'on juge qu'un enfant a besoin de protection, et que les circonstances exigent qu'il soit placé sous la garde de la société d'aide à l'enfance ou qu'il devienne une pupille de la Couronne, nous avons déjà signalé que le tribunal a la discrétion pour décider si le droit des parents de prendre des décisions à l'égard du traitement de l'enfant sera lui aussi transféré. Cependant, dans ces cas, la *Loi* précise bien que le pouvoir transféré ne peut être plus important que celui dont le parent disposait lui-même[216]. Si l'enfant est capable de prendre une décision à l'égard de son traitement, les règles de common law s'appliquent. La société d'aide à l'enfance ou l'État n'obtiennent pas le droit de consentir au nom

[214] Voir l'article 28.

[215] Voir le par. 125 (4). Dans le cas d'un enfant plus jeune, le parent peut consentir à ces interventions.

[216] Voir les articles 58 et 59.

du mineur mentalement capable. Celui-ci conserve son droit de prendre ses propres décisions à l'égard du traitement.

Un certain nombre de lois accordent le pouvoir de procéder à l'évaluation ou à l'examen médical de certaines personnes, y compris les mineurs[217]. En règle générale, ces lois ne traitent pas de la question du consentement à ces évaluations. Il existe de la jurisprudence à l'effet que les règles de common law en matière de consentement continueraient à s'appliquer dans les cas où l'on voudrait imposer un traitement à un adulte en application du *Code criminel* et que la personne n'est pas obligée de s'y soumettre contre son gré. Le même arrêt a conclu que la loi fédérale, dans la mesure où elle voudrait imposer le traitement malgré l'absence de consentement, serait contraire aux dispositions de la *Loi constitutionnelle* en matière de partage des compétences législatives[218]. À notre avis, les mêmes arguments pourraient être soulevés dans le cas d'un enfant.

Le Règlement 865, pris en application de la *Loi sur les hôpitaux publics*, prévoit qu'une intervention chirurgicale ne peut être pratiquée sur une personne âgée de moins de seize ans sans le consentement du parent ou du tuteur de celle-ci, sauf en cas d'urgence. En outre, le parent ou le tuteur d'un enfant âgé de moins de seize ans doit signer la formule de consentement au traitement, s'il est requis de le faire par l'administrateur de l'hôpital.

Selon le règlement, le consentement des parents est nécessaire jusqu'à ce que la personne ait atteint l'âge de dix huit ans. Il est difficile de savoir pourquoi cet âge a été choisi. En 1952, la responsabilité des parents à l'égard de leurs enfants établie en vertu de la loi intitulée *Children's Maintenance Act* cessait lorsque l'enfant atteignait l'âge de seize ans. Compte tenu des dispositions de cette loi, il est pour le moins discutable que les parents aient été tenus, sur le plan civil, de procurer des soins de santé à l'enfant. Cependant, il est clair que les parents n'avaient aucune obligation civile de fournir des soins à leur enfant après que celui-ci ait atteint l'âge de seize ans, à moins qu'ils ne se soient engagés à assumer le coût du traitement[219]. Pareillement, le seuil d'âge de seize ans avait été adopté en matière d'aide sociale, puisque les mineurs émancipés de cet âge étaient devenus

---

[217] Voir, par exemple, la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, art. 50, la *Loi sur la santé mentale*, arts. 9, 10, 11, 14, 16 et autres, ainsi que la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

[218] Voir l'arrêt *R. v. Shepherd*, jugement non encore rapporté de la Cour de district de l'Ontario, rendu en 1989.

[219] Voir l'arrêt *St. Catharines General Hospital v. Sviergula*. [1961] O.R. 164.

admissibles à cette aide vers la fin des années 1950[220]. Il paraît plutôt illogique d'avoir prévu, d'une part, qu'une personne n'était plus soumise à l'autorité parentale et qu'il lui était loisible de quitter le foyer familial pour fonder son propre foyer, et d'autre part qu'elle ne pouvait pas consentir à une amygdalectomie, par exemple.

Il n'est pas facile de comprendre le sens de ce règlement. Il a été promulgué pour la première fois en 1952[221]. L'on serait tenté de faire un parallèle entre sa promulgation et l'arrêt *Vancouver General Hospital v. Fraser*, de la Cour suprême du Canada[222]. En l'espèce, la Cour a jugé qu'une mauvaise interprétation de radiographies par des internes à l'emploi d'un hôpital pouvait engager la responsabilité civile de cet hôpital. En conséquence de cette mauvaise interprétation, l'intervention chirurgicale nécessaire n'avait pas été effectuée, et la personne blessée avait subi un préjudice sérieux. Contrairement aux règles de common law de l'époque, c'était la première fois qu'un hôpital était tenu responsable d'une faute professionnelle d'un employé. Auparavant, seules les fautes commises par des employés dans l'exécution de tâches administratives engageaient la responsabilité de l'hôpital[223]. Cependant, il est impossible d'établir un lien de causalité entre cet arrêt et la promulgation du règlement. En effet, le règlement de l'époque ne visait que les interventions chirurgicales. Par conséquent il n'envisageait pas le cas soulevé par l'arrêt *Fraser*, qui ne portait pas sur ce type d'intervention.

Il serait possible de prétendre que le consentement du parent constituait en quelque sorte un mandat qui liait juridiquement celui-ci et garantissait le paiement des services par la personne ayant donné le consentement. Cet argument serait confirmé par le souci du tribunal de déceler un engagement exprès ou tacite de la famille du malade d'acquitter la note d'hôpital, et d'y voir une sorte de confirmation juridique de ce qu'il considère être l'obligation morale de la famille. Cependant, cette thèse présente une faiblesse importante : si l'objet du règlement était de garantir le paiement, le mineur n'aurait pas eu le droit absolu de

---

220 Voir le Règlement de l'Ontario 207/58, pris en application de la loi intitulée *General Welfare Act*, S.O. 1958, chap. 33.

221 Il portait alors le numéro 729/52.

222 [1952] S.C.R. 36.

223 Cette distinction avait été établie dans l'arrêt *Hillyer v. St Bartholomew's Hospital*, [1909] 2 K.B. 820, rendu par la Cour du Banc du roi, en Angleterre.

contracter avant l'âge de vingt-et-un ans. De toute façon, le mineur pauvre âgé de plus de seize ans était réputé être un indigent. La municipalité était alors tenue de payer ses soins de santé. Par conséquent, l'hôpital aurait été payé dans tous les cas.

Les modifications subséquentes au règlement ne nous aident pas à mieux le comprendre. En 1971, l'âge de la majorité est réduit à dix-huit ans. En outre, la responsabilité parentale établie en vertu de la loi intitulée *Children's Maintenance Act* est prolongée jusqu'à ce que l'enfant atteigne l'âge de dix huit ans. Pendant trois ans, la structure législative semble relativement cohérente. Cependant, en 1974, le règlement sur les Hôpitaux publics a été modifié de manière à ce que l'âge requis pour donner son consentement soit fixé à seize ans au lieu de dix-huit ans[224].

Un règlement semblable pris en application des lois de l'Île-du-Prince-Édouard a été étudié dans l'arrêt *Eve*. Dans cet arrêt, la Cour a jugé que le règlement n'avait pas pour effet d'établir la validité du consentement donné, mais qu'il avait plutôt pour objet de veiller à ce qu'un consentement écrit et signé soit donné dans certains cas. La Cour a fait le raisonnement suivant :

> Les consentements et les autorisations nécessaires énumérés constituent en droit des moyens de défense valides dans certaines circonstances contre une poursuite pour voies de fait qui pourrait être intentée par suite d'une opération non autorisée. Ainsi, aux fins de la gestion de l'hôpital, le règlement exige que ces consentements soient signés. Il ne prétend pas réglementer la validité des consentements; cette question est régie d'une autre façon en droit. En fait, je doute plutôt que la Loi donne le pouvoir de prendre des règlements touchant aux droits de la personne, particulièrement un droit fondamental visant l'intégrité physique de la personne[225].

Cet argument ne semble pas vraiment tenir compte du texte du règlement en question. En outre, si l'enfant jouit de toutes ses facultés mentales, c'est le consentement de l'enfant qui est pertinent en common law. Le consentement du parent ne constitue pas une défense à quoi que ce soit, puisque la common law n'accorde pas au parent le droit de consentir à la place de l'enfant. À sa face même, le règlement semble régir la validité des consentements. Or, selon la Cour suprême, ceci serait invalide, au plan constitutionnel.

---

[224] Voir le règlement de l'Ontario 100/74, art. 11.

[225] (1986), 13 C.P.C. (2d) 6, à la p. 22 (C.S.C.). Voir les annexes II et IV pour une discussion plus approfondie de cet arrêt.

La meilleure solution serait peut-être de considérer le règlement comme une curiosité historique. Cette disposition a été promulguée avant les principales innovations juridiques des années 1960, 1970 et 1980 en matière de négligence, de consentement éclairé et d'actes de violence. Elle est contraire aux règles de common law et aux textes de loi. L'arrêt *Eve* met sa validité même en question, ce qui a pour effet de causer de l'incertitude dans les milieux médical et juridique. D'après l'arrêt *Eve*, ce règlement serait soit invalide, soit caduc. Cette confusion mérite d'être clarifiée par le législateur.

Les règles de common law en matière de communication du dossier médical du mineur ne sont pas claires. En règle générale, les tribunaux considèrent que le malade a le droit de prendre connaissance de son dossier médical. Cependant, la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur cette question dans le cas de mineurs. Pareillement, le droit du mineur d'empêcher d'autres personnes, les parents notamment, de prendre connaissance de son dossier médical, n'a fait l'objet d'aucun jugement.

La *Loi sur la santé mentale* et la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* contiennent toutes deux des dispositions qui régissent la communication du dossier médical et l'accès aux renseignements et aux rapports sur la santé. La *Loi sur la santé mentale* accorde *prima facie* aux malades capables le droit de prendre connaissance de leur dossier médical et d'en obtenir des copies, sous réserve de certaines limites relatives à l'information susceptible de compromettre le traitement ou le rétablissement du malade pendant qu'il est dans l'établissement, ou la santé d'un tiers, tant sur le plan physique que sur le plan émotionnel. Les mineurs capables sont traités par la loi sur un pied d'égalité avec les adultes. Cependant, la présomption réfutable d'incapacité dans le cas des personnes âgées de moins de seize ans s'applique dans le cadre des dossiers médicaux. Le mineur qui est partie à une audition devant un conseil de révision jouit du même droit que l'adulte d'obtenir une copie de tous les documents qui seront produits à l'audition, indépendamment de sa capacité. En outre, l'avocat de l'enfant qui est partie à une audition devant un conseil de révision peut prendre connaissance du dossier médical. La loi n'empêche pas explicitement l'avocat ou le représentant d'un enfant de divulguer le contenu du dossier à son client, indépendamment de l'âge ou de la capacité de celui-ci[226].

[226] Art. 33 d. Notez toutefois que d'autres règles de droit peuvent empêcher la divulgation de ces renseignements. À cet égard, il faut signaler les «Rules of Professional Conduct of the Law Society» (le code de déontologie de la Société du barreau), qui impose certaines restrictions aux renseignements tirés du dossier médical que l'avocat peut divulguer à son client.

La *Loi sur la santé mentale* accorde au malade qui jouit de toutes ses facultés mentales le droit de divulguer son dossier médical à d'autres. En outre, sauf certains cas très précis qui ont trait au traitement du malade ou à la recherche, la loi lui accorde le droit de limiter la divulgation de son dossier. Toutefois, si le malade n'a pas la capacité voulue pour consentir au traitement, la loi prévoit que le décideur subrogé peut prendre connaissance du dossier médical[227]. Dans le cas d'un enfant âgé de moins de seize ans, le décideur subrogé sera l'un des parents de celui-ci ou son tuteur. La loi ne semble pas prévoir le cas où l'enfant ne voudrait pas que son parent ou son subrogé voie le dossier médical. Dans un tel cas, les deux dispositions précitées entreraient en conflit. Selon l'interprétation juridique la plus vraisemblable, le droit du subrogé de prendre connaissance du dossier aurait préséance sur le droit du malade à la vie privée. Notez bien que ce problème se présente seulement dans les cas plutôt rares où le malade aurait la capacité voulue au chapitre de la communication du dossier, mais où il serait par ailleurs incapable de consentir au traitement ou de le refuser.

En vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, les limites d'âge en matière d'accès à l'information sont fixées sans égard à la capacité. À l'âge de douze ans, l'enfant acquiert *a priori* le droit d'obtenir une copie du dossier médical aux fins d'une instance de protection de l'enfant[228]. Ce droit appartient à l'enfant en tant que partie aux procédures. Une personne âgée de plus de douze ans a aussi le droit de prendre connaissance de son propre dossier médical[229]. La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* régit directement le droit de l'enfant à sa vie privée puisqu'elle prévoit que l'établissement de traitement peut divulguer le dossier de l'enfant âgé de moins de seize ans à des tiers avec le consentement des parents. Selon la loi, l'enfant âgé de seize ans et plus obtient lui-même le pouvoir de consentir[230]. Cet article ne vise pas les dossiers de consultation, puisque, rappelons-le, l'enfant âgé de douze ans et plus peut consentir lui-même au traitement dans ces cas, sans l'intervention des parents.

---

[227] Par. 29a (16).

[228] Par. 50 (5). Le tribunal peut en outre ordonner la divulgation à une personne âgée de moins de douze ans s'il l'estime opportun. Voir le par. 50 (4). On accorde de plus à l'enfant de cet âge le droit de prendre connaissance du dossier de la cour si des accusations pénales sont portées contre lui. Voir la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, c. Y-1, art. 44.1.

[229] Art. 167.

[230] Art. 165.

C. L'AUTONOMIE DE L'ENFANT ET LE RÔLE DE LA FAMILLE

Les rapports entre les parents et l'enfant sont constitués d'un réseau complexe de droits, d'obligations et de pouvoirs qui ont chacun leur incidence sur les questions qui intéressent la présente Enquête. Celle-ci doit équilibrer les principes du droit de la famille et du droit de la santé. Il est couramment admis que la famille constitue l'unité sociale élémentaire, et qu'elle favorise, plus que toute autre structure, le développement de l'enfant. Le droit reflète en partie l'importance accordée aux liens familiaux par la société. La théorie actuelle en droit de la famille met l'accent sur l'importance de préserver et d'appuyer ces liens et d'assurer le maintien d'un milieu stable, permanent et chaleureux pour le développement de l'enfant[231]. En droit de la santé, au contraire, deux principes s'opposent en matière de capacité : d'une part, on favorise le paternalisme et la protection des personnes dont les facultés sont limitées, tout en voulant protéger, d'autre part, les droits de la personne et l'autonomie personnelle du malade capable. Dans le cas des enfants, donc, le problème ne se limite pas à une simple question d'équilibre entre les droits de la personne et le paternalisme étatique. L'Enquête reconnaît en outre qu'il est dangereux de vouloir s'immiscer dans les rapports familiaux, et qu'il est souhaitable de ne pas entraver, sinon de promouvoir, les rapports familiaux productifs, heureux et significatifs.

Dans un premier temps, il faut reconnaître qu'il existe, en ce domaine, un certain nombre d'hypothèses. Tout d'abord, il est tacitement admis que l'enfant a effectivement une famille qui pourra prendre des décisions à sa place. Le droit permet l'émancipation des mineurs à un âge précoce. La *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* permet à quelqu'un de retourner l'enfant à ses parents seulement s'il est âgé de moins de seize ans et s'il est exposé à un risque[232]. Dans le cas du mineur émancipé, l'argument en faveur de la participation familiale est beaucoup moins probant. De la même manière, l'enfant institutionnalisé pendant

---

231 Le texte le plus connu qui traite du besoin de préserver ces liens est de J. Goldstein, A. Freud et A. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, (New York : Free Press, 1973). Selon ces auteurs, le rôle essentiel du droit de la famille est de protéger l'intérêt véritable de l'enfant et la meilleure manière de réaliser cet objectif serait de reconnaître l'importance primordiale des besoins psychologiques de l'enfant et des liens psychologiques qui l'unissent à d'autres. Il s'agirait de créer une «famille psychologique», qui ne correspondrait pas nécessairement à la famille biologique. Par exemple, Goldstein, A. Freud et A. Solnit prétendent qu'il faut réduire au minimum la durée du placement temporaire en famille d'accueil, et que l'adoption devrait être finalisée le plus tôt possible, s'il y a lieu, pour favoriser le développement de liens psychologiques solides et durables chez l'enfant. La célérité de cette procédure pourrait être désavantageuse pour la famille biologique.

232 Alinéa 40 c).

une longue période peut s'être éloigné de ses parents. Le fait que les parents peuvent perdre le contact quotidien avec leur enfant peut limiter le poids de l'argument en faveur de l'autorité parentale.

Il est en outre couramment admis en droit que les parents constituent les meilleurs gardiens de l'intérêt véritable de l'enfant dans le contexte d'une tutelle. Cette croyance est fondée sur des hypothèses culturelles sur la famille nucléaire telle qu'elle a été élaborée par la tradition anglo-saxonne aux dix-neuvième et vingtième siècles. Dans d'autres cultures, il arrive que d'autres membres de la famille prennent un rôle beaucoup plus actif dans le développement et l'éducation de l'enfant. Nous avons eu la chance d'avoir, au sein du comité consultatif, un travailleur social autochtone. Dans cette culture, la bande constitue une unité sociale plus fondamentale que la famille biologique. La *Loi sur les services à l'enfant et à la famille* reconnaît cette réalité puisqu'il y est prescrit que la bande doit recevoir plusieurs avis, dans les procédures en matière de protection et d'adoption d'enfants autochtones, qui seraient autrement expédiés aux parents de l'enfant. Jusqu'ici, le droit de la famille a reflété les normes anglo-saxonnes. L'Enquête ne doit pas perdre de vue le multiculturalisme qui caractérise la société canadienne, et ne pas présumer trop hâtivement l'existence d'une famille nucléaire «traditionnelle».

Si l'on admet ces hypothèses, il faut ensuite se demander si les parents sont effectivement les personnes les mieux placées pour prendre des décisions à l'égard du traitement de leur enfant. Landau prône la participation de l'enfant aux décisions concernant son traitement. Elle relève les six arguments suivants à l'encontre de sa thèse. Ces arguments constituent une bonne amorce de discussion pour permettre d'apprécier quelques-uns des avantages et des désavantages de la participation des parents[233].

1. Les parents sont les protecteurs naturels de leurs enfants et ils veulent agir avant tout dans leur intérêt véritable.

2. Les intérêts des enfants et ceux des parents sont à ce point semblables que la représentation indépendante n'est pas nécessaire.

Nous pouvons traiter ensemble ces deux premiers arguments, puisqu'ils sont fondés sur les mêmes hypothèses. Malgré toute l'affection et l'attention qu'ils

[233] B. Landau, «The Rights of Minors», dans B. Landau, éd., *Children's Rights in the Practice of Family Law* (Toronto : Carswell, 1986), p. 93 et s.

vouent à leurs enfants, les parents demeurent des individus distincts de ceux-ci. Les parents sont motivés par leurs propres émotions, souvent très profondes. Or, cette émotivité ne va pas nécessairement dans le même sens que l'intérêt véritable de l'enfant ou ses aspirations. Par exemple, un parent pourrait être indûment disposé à consentir au traitement psychiatrique ou à la sédation de l'enfant par souci de rétablir la paix familiale et le bon fonctionnement de la famille et ainsi de réduire sa propre anxiété. Cette décision ne tiendrait à peu près pas compte des risques d'effets secondaires des médicaments ou de l'intérêt véritable de l'enfant, tel que défini par la loi. L'arrêt *Strunk* illustre bien à quel point les parents peuvent être personnellement touchés par ces décisions et comment leurs propres intérêts peuvent entrer en conflit avec l'intérêt véritable de l'enfant. Dans cette affaire, l'on avait demandé aux parents de consentir au prélèvement d'un organe de l'enfant en vue d'une greffe à son frère[234]. L'enfant qui veut obtenir un moyen contraceptif constitue un autre exemple évident. La question qui consiste à se demander, au plan médical, s'il est opportun de fournir un traitement médical en ce cas, est nécessairement liée à la question qui consiste à se demander, au plan non médical, s'il est souhaitable que l'enfant ait des relations sexuelles. Les cas précédents sont des exemples particulièrement clairs. Il n'y a aucune raison de croire que ce sont les seuls.

Il faut aussi apprécier les situations dans lesquelles la détermination de la capacité posera un problème. Si les parents et l'enfant s'entendent, la question de capacité ne se pose pas, puisque la décision sera la même, peu importe celui qui a effectivement le pouvoir de consentir. Cependant, lorsque les parents et l'enfant ne sont pas d'accord, il faut trancher et accepter la décision de l'un plutôt que celle de l'autre. Il se peut que le désaccord soit un problème isolé qui survient au sein d'une famille où les rapports sont harmonieux par ailleurs. Par exemple, l'adolescente qui veut avoir accès à des moyens contraceptifs peut très bien avoir de très bonnes relations avec sa famille en général. D'autre part, le désaccord à l'égard du traitement pourra témoigner d'un malaise plus profond au sein de la famille. Dans ce cas, les arguments en faveur de la participation parentale aux décisions à l'égard de l'enfant par ailleurs capable perdent beaucoup de leur poids. Il se peut que les rapports familiaux soient tendus sur un grand nombre de questions, et que le traitement soit un problème parmi d'autres. Dans une telle situation, il est évident que la perception de l'enfant de son propre intérêt sera différente de celle de ses parents et vice versa. Il sera alors difficile de démêler l'intérêt véritable de chacun d'entre eux, par opposition aux prétentions de part et

[234] 445 S.W. 2d 145 (Ky., 1969).

d'autre. Dans certains cas, un programme adapté de consultation familiale permettra peut être de résoudre quelques-uns des désaccords familiaux. Toutefois, les décisions à l'égard du traitement ne peuvent pas toujours être reportées en attendant ces réconciliations. Dans ces cas, le choix de celui qui prendra la décision peut devenir un moyen pour l'une des parties à la dispute familiale de manifester son pouvoir sur l'autre.

3. Il est plus important de préserver la vie privée et l'autonomie de la famille que de permettre à l'État d'intervenir comme arbitre de différends familiaux.

Cet argument présuppose que l'intervention de l'État s'oppose aux affaires privées de la famille. C'est mal poser le problème. Il ne s'agit pas de savoir si les décisions concernant les soins de santé donnés à l'enfant seront prises par l'État ou par la famille, par le public ou le privé. Il s'agit plutôt de déterminer lequel des particuliers suivants sera appelé à prendre la décision : les parents ou l'enfant. L'État doit intervenir dans les «disputes familiales» pour établir laquelle des parties aura le dernier mot, sans quoi il n'y aurait aucune règle pour résoudre la dispute. L'on ne saurait toujours pas sur quelle décision l'on pourrait se fonder pour agir. En l'absence de règles à ce sujet, il est probable que ce soit la raison du plus fort qui l'emporte, c'est-à-dire les parents, dans la plupart des cas. Il se peut que ce soit la bonne solution. Cependant, il ne faudrait pas que ce constat soit uniquement fondé sur une question de pouvoir.

D'aucuns prétendent qu'un mécanisme plus important d'évaluation de la capacité, avec les garanties en matière de procédure équitable qui s'y rattachent, risque de porter atteinte au caractère privé des rapports familiaux. Cette question mérite certainement d'être étudiée. Une audition qui oppose deux parties est certes de nature à perturber des rapports familiaux amicaux. Cependant, il s'agit plutôt d'un problème de mise en oeuvre. Il n'est pas certain que le simple fait de fournir des conseils sur les droits, si cela est fait avec tact, créera nécessairement des problèmes inutiles au sein de la structure familiale. Et si l'enfant est mécontent du fait que ce soient les parents qui prennent les décisions à l'égard de son traitement et souhaite contester leur autorité sur ce plan, il se peut qu'il ait une raison valable de le faire, dans certains cas du moins.

4. Le mineur n'a pas la capacité voulue pour exercer un jugement valable à l'égard de ses besoins. Par conséquent, il est souhaitable de laisser ses parents, dont le jugement est plus mûr, se prononcer à sa place.

Si on l'envisage à son niveau le plus simple, cette proposition ne pose pas de problème. Il est évident que le mineur qui n'a pas la capacité voulue pour prendre des décisions n'a pas à les prendre. Il s'agit alors de déterminer à quel stade le mineur acquiert suffisamment de jugement pour que l'on respecte ses décisions.

À un niveau plus complexe, cet argument mérite que l'on s'y attarde. Si l'on admet que les règles en matière de capacité doivent non seulement viser la sauvegarde des droits de la personne mais qu'elles doivent aussi favoriser les bonnes décisions, la question ne se limite plus à savoir si le mineur prend des décisions convenables. Il faut aussi déterminer si les décisions des parents seront meilleures au point qu'il soit justifié de leur laisser le pouvoir de décider jusqu'à ce que l'enfant atteigne un stade relativement avancé de son développement.

En outre, cette proposition laisse entendre qu'il existe deux critères distincts de la capacité. Il y aurait d'abord le facteur du développement psychologique. La proposition mentionne en outre la maturité ou l'expérience de la vie. Il est évident que le parent a une expérience de la vie plus complète et plus vaste que l'enfant. Doit-on apprécier ce facteur dans l'évaluation de la capacité de l'enfant, ou doit-on limiter l'évaluation de la capacité à l'appréciation de facteurs strictement psychologiques? Il se peut que le parent n'ait aucune expérience directe de l'affection dont souffre l'enfant. Cela a-t-il pour effet d'atténuer de quelque façon l'avantage que possède le parent du fait de sa plus grande expérience?

5. L'administration de services de santé est souhaitable dans la mesure où elle permettra d'éviter des problèmes sociaux éventuels plus graves et où elle permettra d'améliorer la qualité de la vie de l'enfant et de la famille. Par conséquent, il est préférable de se tromper en administrant le traitement plutôt que d'encourager le malade récalcitrant à prendre une décision qui le privera de ses avantages éventuels. Cette proposition confirme l'intérêt de l'État pour le bien-être général de ses citoyens.

Cette proposition est fondée sur l'hypothèse que le traitement est une chose souhaitable en soi, et que le système doit viser à obtenir le consentement au traitement si possible. Cette approche n'est pas conforme au modèle juridique. Nous avons vu que le traitement doit être ordonné par le substitut seulement s'il y va de l'«intérêt véritable» du malade, selon la définition légale très stricte de cette expression. À tort ou à raison, des facteurs accessoires, la qualité de la vie familiale, par exemple, ne doivent pas constituer des critères importants dans l'évaluation de l'intérêt véritable.

Cette proposition présume en outre que les parents auraient tendance à consentir au traitement plus souvent que l'enfant. Comme nous le verrons plus loin, cette hypothèse n'est pas nécessairement vraie pour les enfants de tous les âges.

6. Les professionnels de la santé mentale sont mieux placés que quiconque pour offrir la protection voulue, notamment pour empêcher qu'une personne ne soit admise dans un établissement sans motif valable[235]. Cette question ne relève pas de la compétence des tribunaux. En outre, il n'est pas souhaitable que l'enfant soit soumis au traumatisme émotionnel que peut engendrer une audition judiciaire selon la formule d'opposition pour déterminer le traitement dont il pourra avoir besoin.

Cette proposition vaut aussi pour les adultes. Elle est souvent invoquée d'ailleurs, surtout dans le cas d'adultes qui jouissent de capacité marginale. Dans le cas qui nous intéresse, l'on pourrait lui opposer les mêmes arguments que dans le cas des adultes. En effet, le médecin ou autre professionnel de la santé est en situation de conflit. Lorsque le professionnel prescrit un traitement, il croit sans doute qu'il sera bénéfique et que le malade devrait y consentir. Le médecin sera donc porté à obtenir le consentement du malade, plutôt qu'à encourager celui-ci à prendre une décision réfléchie conforme à sa volonté.

En outre, la décision de consentir à un traitement ou de le refuser ne se situe pas au plan strictement médical. Elle peut porter sur plusieurs autres éléments. Dans l'hypothèse d'un processus d'examen judiciaire, il est peut-être vrai que le tribunal n'a pas de compétences spécialisées dans tous ces domaines. Cependant, le fait que les tribunaux ont joué un rôle dans l'évaluation de la capacité dans d'autres contextes permet de mettre en doute cette affirmation. Par ailleurs, il est également vrai que cette compétence ne relève pas spécialement du médecin, ni des autres professionnels de la santé. C'est d'ailleurs la raison d'être de la doctrine du consentement éclairé.

Même si l'État est appelé à intervenir dans la détermination de la capacité, ce rôle ne reviendra pas nécessairement au tribunal. En première instance du moins, le médecin pourra décider de cette question. Par ailleurs, un conseil de

[235] L'article de Landau porte sur le traitement et l'admission aux établissements de traitement. La proposition qu'elle avance ici demeure sérieuse toutefois : il est vrai que le médecin est soumis à des normes professionnelles qui exigent l'existence de motifs appropriés avant qu'il ne puisse faire des recommandations à l'égard du traitement.

révision pourrait être appelé à donner son avis, en première instance ou en révision. Ce conseil pourrait être constitué de membres qui ont les compétences voulues dans le domaine concerné.

Enfin, cette proposition passe sous silence le traumatisme qui pourrait survenir en l'absence d'un mécanisme de révision. N'y a-t-il pas un risque qu'un traitement soit traumatisant s'il est administré sans le consentement du mineur capable? Il est tout à fait plausible qu'un mineur ayant atteint un certain âge souffrira de séquelles psychologiques occasionnées par son sentiment d'impuissance face aux décisions qui auront été prises à l'égard de son propre corps sans son consentement. Les données psychologiques actuelles sur cette question sont traitées plus loin.

Pour apprécier le rôle qui devrait revenir à la famille en ce domaine, il faut analyser les droits qui doivent être protégés. Comme nous l'avons déjà vu, le droit prévoit clairement que c'est l'«intérêt véritable» de l'enfant qui doit prévaloir, selon le sens restrictif donné à cette expression, et ce, à l'exclusion des autres intérêts. En droit de la famille, également, on a tendance, depuis quelques années, à mettre l'accent sur les besoins de l'enfant, à l'exclusion des besoins des parents. Il serait trop facile de rejeter des points de vue plus larges en arguant que l'on traite l'enfant comme la propriété des parents[236]. Une famille est le lieu d'une série de rapports. La question, au plan social, consiste à déterminer si, en droit, le traitement du mineur doit être décidé uniquement en fonction des intérêts de celui-ci ou en fonction des intérêts de la famille dans son ensemble[237].

Même si l'on souscrit aux idées récentes qui ont cours en droit de la famille et que l'on se limite à apprécier l'intérêt de l'enfant, il faut néanmoins déterminer quel est cet intérêt. Les arguments invoqués pour fixer à un âge relativement élevé le moment où un enfant peut donner son consentement se fondent sur l'hypothèse que la décision des parents sera plus réfléchie et plus mûre que celle de l'enfant, bref, que leur décision sera la meilleure. Cette théorie suppose que l'intérêt de l'enfant est uniquement lié au résultat de la décision. Elle ne tient pas compte du fait que l'enfant pourra avoir un intérêt non seulement dans le résultat de la

---

[236] Voir, par exemple, L. Weithorn, «Involving Children in Decisions», dans G. Melton, G. Koocher, et M. Saks, éditeurs, *Children's Competence to Consent*, (New York : Plenum Press, 1983), à la p. 240, où l'auteur oppose la situation où l'enfant ne serait considéré que comme un bien à l'intérêt véritable de celui-ci.

[237] La thèse voulant que la décision soit appréciée en fonction de la famille dans son ensemble est avancée par F. Schoeman, «Childhood Competence and Autonomy», (1983) 12 *Journal of Legal Studies* 267.

décision mais aussi dans la manière choisie pour y arriver. Cette lacune est contestée par ceux qui voudraient que l'enfant participent à la prise de décision. Selon Weithorn, pas exemple, le fait de permettre à l'enfant de participer à la prise de décision dès son jeune âge favorise le bon fonctionnement et le bien-être psychologiques[238]. D'autres prétendent, au contraire, que le fait de donner trop d'indépendance et de pouvoir décisionnel à l'enfant à un âge précoce risque de le confondre et de causer des effets néfastes chez lui[239].

Certaines recherches montrent qu'un nombre important d'enfants marginalement capables veulent que leurs parents prennent part à la prise de décision. Dans une étude menée par Lewis en 1976[240], 213 écoliers âgés de six à neuf ans ont été invités à participer à l'essai d'un vaccin contre la grippe. Les participants ont été avertis à l'avance que s'ils consentaient à l'essai, leurs parents seraient eux aussi appelés à consentir avant le commencement de l'essai, mais que

---

238 L. Weithorn, «Children's Capacities for Participation in Treatment Decision-Making», dans D.H. Schetky et E.P. Benedek, éditeurs, *Emerging Issues in Child Psychiatry and Law* (New York : Brunner/Mazel, 1985), à la p. 22. L'essentiel de cet argument est résumé à la p. 27. Weithorn envisage plusieurs degrés de participation de l'enfant, notamment la prise de décision autonome dans le cas de l'enfant qui jouit de toutes ses facultés intellectuelles, la consultation de l'enfant pour connaître ses préférences quant aux différents choix de traitement et les décisions moins importantes qui pourraient être prises dans le cadre d'un régime choisi par le parent, comme le fait de décider en tenant compte des avantages de l'administration de doses plus fortes de médicament par opposition aux inconvénients causés par des effets secondaires accrus.

239 Voir, par exemple le passage suivant de P. Wald, «Legal Policies affecting Children : A Lawyer's Request for Aid», (1976) 47 *Child Development* 1, cité par G. Melton, «Decision Making by Children», dans G. Melton, G. Koocher et M. Saks, éds., *Children's Competence to Consent*, (New York : Plenum Press, 1983), à la p. 22 :

> [Traduction]
> Je me suis souvent demandé, lorsque je représentais un enfant dans un procès de délinquance ou de négligence parentale, ce que pouvait ressentir un enfant de 9 ou 10 ans lorsque je me présentais à lui et que je lui disais : «Je suis ton avocat. Me voici; dis-moi ce que je dois faire. Que veux-tu que je fasse pour te représenter?»...Quelles sont les conséquences à long terme sur l'enfant à qui l'on dit qu'il a un avocat, qu'il a des droits et qu'on va le défendre devant le tribunal? Se sent-il valorisé? A-t-il l'impression de maîtriser sa propre vie? A-t-il un sentiment de pouvoir? Ou se sent-il dérouté plutôt? Quel effet ont ces procédures judiciaires sur l'enfant?

240 C. Lewis, M. Lewis et M. Ifekwunigue, «Informed Consent by Children and Participation in an Influenza Vaccine Trial», 68 American Journal of Public Health (1978) 1079. Les enfants qui ont pris part à cette étude participaient déjà à un programme dans lequel on leur accordait un plus grand pouvoir décisionnel à l'égard du système de soins de santé de l'école. Ils étaient donc plus accoutumés à prendre leurs propres décisions en matière de soins de santé que la moyenne des enfants. Il se peut que les enfants de l'échantillonnage étaient plus portés que la moyenne à prendre la décision proposée dans l'étude sans l'aide de leurs parents. Si tel était le cas, le nombre d'enfants qui souhaiteraient que leurs parents interviennent serait plus élevé dans la population générale que les résultats de l'étude ne l'indiquent.

si les participants refusaient, leur refus mettrait fin à la question et que les autorités ne chercheraient pas à obtenir le consentement des parents. Quarante-six pour cent des enfants ont refusé de participer à l'essai, c'est-à-dire qu'ils ont décidé sans l'aide des parents. Il s'agissait surtout d'enfants plus jeunes. Vingt-et-un pour cent des enfants ont dit qu'ils voulaient participer. Ces enfants savaient que leurs parents seraient appelés à donner leur consentement eux aussi. Il est donc difficile de savoir si ces enfants voulaient que les parents prennent part à la décision ou non. Enfin, trente-trois pour cent des enfants ont choisi la troisième possibilité prévue à la formule de consentement, c'est-à-dire qu'ils préféraient que leurs parents prennent part à la décision sans préciser de préférence quant à celle-ci. L'étude ne précise pas l'âge de ceux qui ont exprimé ce choix. Le nombre d'élèves qui ont opté pour cette dernière possibilité mérite certes que l'on tienne compte de cette donnée. Cependant, il faut rappeler que le mécanisme d'évaluation de la capacité n'exclut pas d'emblée la possibilité que l'enfant puisse consulter ses parents s'il le souhaite. C'est plutôt la question du caractère obligatoire de la participation des parents qui pose un problème.

D. RÉSULTATS DES RECHERCHES SUR LE DÉVELOPPEMENT DE L'ENFANT

Comme nous l'avons souligné tout au long du présent rapport, la capacité est une notion complexe où entrent en jeu un grand nombre de variables. Les facteurs d'ordre psychologique et émotionnel, la maturité, les désordres affectifs, la nature et la complexité de la décision à prendre, les conséquences de celle-ci, les facteurs sociaux, la possibilité d'avoir recours à un décideur subrogé et la compétence de celui-ci sont autant de facteurs qui pourraient avoir une incidence sur la détermination de la capacité de quelqu'un. Il n'existe aucun test empirique qui permette d'évaluer l'ensemble de ces facteurs. Quelques-uns d'entre eux ne peuvent même pas faire l'objet d'un test empirique. Par exemple, comment peut-on évaluer la maturité ? Par conséquent, même si l'analyse de données empiriques est certainement pertinente dans le cadre d'une évaluation, il faut se garder de lui accorder une valeur déterminante. En outre, la plupart des recherches citées par les personnes intéressées par le problème de la capacité de l'enfant portent en fait sur le développement de l'enfant hors du contexte de la santé. Ces recherches sont donc sujettes à caution.

Selon les recherches sur les aptitudes psychologiques de l'enfant, celui-ci aurait, dès l'âge de quatorze ans, environ, la même capacité d'analyse à l'égard du traitement proposé que l'adulte. C'est ce qui ressort des travaux de Weithorn,

Grisso et Vierling, qui ont déterminé qu'à partir d'une échelle de capacité allant de la simple aptitude à exprimer un choix jusqu'à l'aptitude à apprécier la nature du traitement, les personnes âgées de quatorze ans étaient capables de faire preuve du plus haut degré de raisonnement mental que comprenait l'échelle[241]. Selon Piaget, l'enfant possède les aptitudes conceptuelles nécessaires pour consentir au traitement un peu plus tard, à l'âge de quinze ans[242].

Les travaux cités par Grodin et Alpert[243] relèvent les divers types de raisonnement employés par l'enfant à différents stades de son évolution. L'enfant âgé de moins de sept ans emploie des structures de raisonnement qui ne sont pas tout à fait rationnelles. Il a tendance à utiliser la «pensée magique», par exemple, qui peut le mener à croire que la mort n'est pas irréversible ou qu'un membre amputé va repousser. Selon ces auteurs, ce type de pensée empêche absolument le consentement éclairé. D'après eux, l'enfant âgé de sept à treize ans perçoit le monde en termes concrets et n'aura pas recours à la penseé magique de l'enfant plus jeune. À leur avis, l'enfant de cet âge aura néanmoins de la difficulté à anticiper l'avenir, ce qui a pour effet de limiter son aptitude à donner un consentement éclairé. Il n'est pas facile de savoir s'ils attribuent cette limite au développement psychologique incomplet de l'enfant ou à un manque d'expérience de la vie. Enfin, l'enfant âgé de plus de treize ans serait aussi apte qu'un adulte, selon eux, à comprendre son problème médical. Selon cette thèse, le pouvoir de

---

241 T. Grisso et L. Vierling, «Minors' Consent to Treatment», 9 Professional Psychology (1978) 412; L. Weithorn, «Developmental Factors and Competence to make Informed Treatment Decisions», 5 Child and Youth Services (1982) 85; L. Weithorn and S. Campbell, «The Competency of Children and Adolescents to make Informed Treatment Decisions», 53 Child Development (1982) 1589; tous cités dans L. Weithorn, «Children's Capacities for Treatment and Decision-Making», dans D.H. Schetky et E. Benedek, (eds.) *Emerging Issues in Child Psychiatry and the Law* (New York : Brunner/Mazel, 1985) 22, p. 29.

242 Cité dans B. Landau, «The Rights of Minors», dans B. Landau, (ed.), *Children's Rights in the Practice of Family Law*, (Toronto : Carswell, 1986), p. 100. Pour une discussion détaillée sur le développement des aptitudes cognitives et émotionnelles chez l'enfant, voir Committee on Child Psychiatry, Group for the Advancement of Psychiatry, *How Old is Old Enough? The Ages of Rights and Responsibilities*, (New York : Brunner/Mazel, 1989) pp. 19-36. Voir aussi, J. Piaget, «The Affective Unconscious and the Cognitive Unconscious» (1973) 21 Journal of the American Psychiatric Association 249 et aussi, sur la question du développement moral, L. Kohlberg, «Development of Moral Character and Moral Ideology» dans M. Hoffman et L. Hoffman, éditeurs, *Review of Child Development Research* (New York : Russel Sage, 1964), pp. 383-432. Voir aussi R. Siegler, *Children's Thinking* (Englewood Cliffs, N.J. : Prentice-Hall, 1986) pp. 21-61.

243 M. Grodin et J. Alpert, «Informed Consent and Pediatric Care», dans G. Melton, G. Koocher et M. Saks, éds., *Children's Competence to Consent*, (New York : Plenum Press, 1983), p. 96. Grodin et Alpert citent plusieurs chercheurs dans leur conclusion, notamment Piaget, Bibace et Walsh, Koocher, et Erikson.

raisonnement à lui seul n'exclurait pas que l'enfant puisse donner son consentement éclairé[244].

La plupart des chercheurs s'entendent généralement pour dire que si l'on apprécie uniquement le critère de l'aptitude à raisonner, l'enfant âgé de plus de quatorze ans sera sans doute aussi apte que l'adulte moyen[245]. Comme plusieurs parents d'adolescents ont pu le constater par eux-mêmes, certains travaux montrent que l'adolescence est une période pendant laquelle l'enfant doit faire face à l'individuation et à la séparation, ce qui a pour effet d'engendrer des conflits avec l'autorité et de la vulnérabilité aux pressions de ses pairs. Certains prétendent que ces facteurs pourraient empêcher l'adolescent de prendre des décisions qui vont dans le sens de son intérêt véritable[246]. Ceci nous amène à nous demander si la capacité est simplement fonction de l'aptitude à raisonner ou si d'autres facteurs psychologiques entrent en ligne de compte.

Il est difficile de généraliser dans le cas de l'enfant âgé de onze ou douze ans à quatorze ans. Certains auteurs reconnaissent que l'enfant de onze ou douze ans pourra parfois faire preuve d'un degré d'aptitude cognitive semblable à celui de l'adulte[247]. Vers cet âge, l'enfant semble vivre une période de transition. La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario tient compte de cette réalité lorsqu'elle prescrit que chaque personne représente un cas d'espèce à partir de l'âge de douze ans.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* reconnaît qu'à compter de l'âge de douze ans, l'enfant est doué de facultés décisionnelles. Le paragraphe 22 (1) de cette loi prévoit ce qui suit :

---

[244] Il est permis de douter de l'utilité des commentaires des auteurs au sujet de la capacité à consentir, puisqu'ils ne précisent pas le type de traitement auquel on demande à l'enfant de consentir. Doit-on comprendre que l'enfant âgé de sept à treize ans ne peut consentir à aucun traitement?

[245] Voir Committee on Child Psychiatry, Group for the Advancement of Psychiatry, *How Old is Old Enough? The Ages of Rights and Responsibilities*, (New York : Brunner/Mazel, 1989), pp. 70-72, pour une discussion sur le critère du niveau de développement par opposition à l'âge chronologique pour déterminer la capacité de l'enfant à prendre une décision à l'égard du traitement.

[246] Voir M. Grodin et J. Alpert, supra, p. 96.

[247] Voir les auteurs cités par L. Weithorn dans G. Melton, G. Koocher et M. Saks, éds., *Children's Competence to Consent*, (New York : Plenum Press, 1983), p. 245. Voir aussi T. Grisso et L. Vierling «Minors' Consent to Treatment : A Developmental Perspective» (1978) 9 Professional Psychology 412.

> Le tribunal pour adolescents ne peut ordonner le traitement ... que s'il a obtenu le consentement de l'adolescent, des père et mère de celui-ci et de l'autorité responsable de l'hôpital ou autre lieu où l'adolescent est détenu pour traitement.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* accorde à l'enfant la faculté extrêmement importante de décider si une ordonnance de traitement peut être rendue ou non. En pratique, il est très rare que le consentement soit accordé, ce qui a pour effet de rendre cette disposition quasiment inopérante. Ce résultat semble inévitable dans la mesure où «[Traduction] plusieurs jeunes qui auraient besoin de services de consultation sont incapables d'y consentir à cause de la nature même de leurs problèmes»[248]. D'une part, il semble curieux que l'enfant dépressif, troublé, en colère ou souffrant d'autres problèmes ait le droit absolu de refuser de donner son consentement. D'autre part, le consentement est sans doute nécessaire, puisqu'en l'absence de consentement l'enfant n'aura pas la motivation voulue pour suivre avec succès un programme de traitement, avec pour résultat un gaspillage d'argent et d'efforts. On peut aussi se demander s'il est souhaitable que la discrétion du tribunal soit à toute fin pratique neutralisée par le pouvoir absolu de l'enfant de refuser son consentement, pouvoir qui ne lui est pas accordé, au demeurant, par d'autres dispositions de la loi. Il faudra certainement trouver un moyen terme, quoique cette question dépasse le cadre du présent rapport.

La *Loi sur les jeunes contrevenants* fixe à douze ans l'âge auquel l'enfant est censé avoir la capacité décisionnelle. Par ailleurs, le *Code criminel* du Canada prescrit que c'est à l'âge de quatorze ans que l'enfant devient un adulte. Les articles 150 à 153 du Code traitent des infractions à caractère sexuel commises contre un enfant âgé de moins de quatorze ans. Quiconque est âgé de moins de quatorze ans se voit accorder un statut particulier par cette loi et sera traité différemment. D'abord, la personne qui commet l'infraction sera censé avoir commis un crime sexuel contre un «enfant». Ensuite, l'enfant bénéficie d'un régime de preuve particulier, qui comprend notamment le droit de présenter une preuve sur bande vidéo ou le droit de témoigner derrière un écran. Lorsqu'il atteint l'âge de quatorze ans, on impose à l'enfant le régime des adultes et il perd son statut particulier.

L'Enquête recommande que l'âge de quatorze ans marque le début de l'âge adulte par présomption. Nous reconnaissons que l'enfant possède une certaine

[248] J. Hudson, J.P. Hornick et B.A. Burrows *Justice and the Young Offender in Canada* (Toronto : Wall & Thompson, 1988).

mesure de capacité décisionnelle dès l'âge de douze ans. Malgré tout, cette capacité est mieux fixée à l'âge de quatorze ans.

Néanmoins, nous devons tenir compte du niveau de capacité des personnes âgées de moins d'une douzaine d'années. L'étude Lewis, précitée, portait sur des enfants dont l'âge variait entre six et neuf ans. Pendant les séances de discussion qui ont précédé la décision de consentir ou non à l'essai du vaccin, les enfants posaient des questions semblables à celles qu'auraient posées des adultes : ils voulaient savoir quelles étaient les probabilités qu'une épidémie se déclare cette année-là, quels étaient les effets secondaires du vaccin et comment se déroulerait la procédure d'essai. Chez l'adulte, ces questions seraient considérées comme des indices de capacité. Une autre étude a voulu comparer la capacité d'enfants de neuf ans à celle de personnes âgées de dix-neuf et de vingt-et-un ans. Tous les participants devaient réagir aux mêmes dilemmes en matière de traitement à partir des mêmes renseignements fournis pour les résoudre. Les adultes ont compris quatre-vingt-neuf pour cent de l'information. Les enfants âgés de neuf ans en ont compris soixante-neuf pour cent. Cette étude a permis de démontrer que les enfants âgés de neuf ans n'avaient pas tenu compte de la diversité des risques et des avantages liés aux traitements proposés, mais qu'ils avaient par ailleurs attaché beaucoup d'importance à quelques questions primordiales, surtout au niveau du soulagement des symptômes manifestés[249]. Ainsi, même si les enfants comprenaient peut-être moins de renseignements que les adultes, ils en comprenaient néanmoins beaucoup, et comprenaient peut-être les plus importants parmi eux.

Dans la mesure où l'on considère que les choix du mineur permettent d'évaluer sa capacité, les recherches ne sont pas vraiment concluantes. Une étude de Lewis qui portait sur un système de santé scolaire dans lequel des enfants âgés de cinq à douze ans avait un pouvoir étendu de décider s'ils allaient s'en prévaloir a permis de constater que l'utilisation de l'établissement de santé par les enfants correspondait à peu près au taux d'utilisation qu'on aurait pu prévoir chez des adultes. À l'origine, la recherche avait été menée dans une école fréquentée par des enfants de milieu relativement favorisé. Elle a ensuite été répétée dans un quartier plus pauvre[250]. Dans une autre étude qui consistait à comparer le

---

[249] L. Weithorn, «Developmental Factors and Competence to Make Informed Treatment Decisions» (1982) 5 Child and Youth Services 85.

[250] C. Lewis, «Decision Making Related to Health : When Could/Should Children Act Responsibly», dans G. Melton, G. Koocher et M. Saks, (eds.), *Children's Competence to Consent*, (New York : Plenum Press, 1983) 75, p. 79.

comportement d'enfants âgés de neuf ans à celui d'adultes, les enfants à qui l'on avait posé quatre dilemmes hypothétiques relatifs au traitement sont arrivés aux mêmes conclusions que les adultes dans trois de ces cas[251].

Pour pouvoir évaluer les données mentionnées ci-dessus, il faut pouvoir préciser ce à quoi l'enfant est censé avoir consenti. Qu'entend-on par traitement? S'agit-il d'une intervention chirurgicale importante ou d'un examen médical sommaire? L'enfant acquiert-il la capacité de consentir à un examen médical avant de pouvoir consentir à une chirurgie?

Selon certaines recherches, l'enfant acquiert son aptitude à raisonner comme un adulte entre onze ou douze ans et quatorze ans. Cependant, il faut comprendre par là qu'il raisonne comme le ferait un adulte moyen. L'adulte peut fonctionner à un niveau beaucoup plus bas que la moyenne et néanmoins demeurer capable de prendre des décisions à l'égard du traitement. Si, par exemple, le critère de capacité retenu chez l'adulte est l'aptitude à se situer dans l'espace et le temps et à avoir une compréhension rudimentaire de sa maladie, plusieurs enfants âgés de six ou sept ans devraient être jugés capables, puisqu'ils ont atteint, eux aussi, ce niveau de compréhension. Si le fait de s'inquiéter au sujet des effets secondaires et des conséquences liées au fait de ne pas participer au programme de traitement est un critère important de capacité, plusieurs élèves de l'étude de Lewis auraient dû être jugés capables.

Comme nous l'avons déjà signalé, le problème de la capacité du mineur ne se limite pas à l'objet de la décision à prendre. Cette question touche aussi le processus de prise de décision. Il est donc pertinent de déterminer à quel moment l'enfant souhaite avoir le pouvoir de prendre une décision à l'égard de son traitement, ou, du moins, à quel moment il comprend ce pouvoir. Un certain nombre de travaux ont porté sur la faculté, chez les jeunes, de comprendre leurs droits dans le contexte du droit pénal[252]. Cependant, l'on peut se demander à quel point les résultats de ces travaux peuvent s'appliquer à la faculté de comprendre le droit de consentir à un traitement ou à un examen médical.

---

[251] L. Weithorn et S. Campbell, «The Competency of Children and Adolescents to Make Informed Treatment Decisions» (1982) 53 Child Development 1589.

[252] Voir T. Grisso, *Juveniles' Waiver of Rights: Legal and Psychological Competence* (New York : Plenum, 1981), une étude qui portait sur la faculté des jeunes de comprendre leurs droits selon la formule de Miranda.

E. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE ET LA FAMILLE

D'après ce qui précède, l'évaluation de la capacité semble exiger que l'on trouve un juste milieu entre les aptitudes de l'enfant en pleine évolution et son besoin d'autonomie, d'une part, et le besoin des parents de prendre soin de l'enfant et leur plus grande maturité et expérience, d'autre part. La capacité de l'enfant croît avec l'âge. Jusqu'à l'âge de six ans, l'enfant n'a presqu'aucune capacité. Lorsqu'il a atteint l'âge de quatorze ans, ses facultés de raisonnement sont comparables à celles d'un adulte.

Le régime choisi doit en outre tenir compte de la grande variété de traitements que l'enfant voudra recevoir ou dont il pourra avoir besoin. Intuitivement, l'on serait porté à accepter la proposition que l'enfant possède, par exemple, la capacité de consentir à une chirurgie esthétique mineure, mais qu'il ne possède pas la capacité voulue pour consentir à une intervention qui permettrait peut être de sauver sa vie, à cause des conséquences respectives de chacun de ces choix. Paradoxalement, le droit imposerait des conditions particulièrement strictes au consentement à une chirurgie esthétique, du moins en ce qui a trait aux renseignements qui doivent être fournis au malade[253]. L'on aurait tendance à exiger un niveau de capacité moins élevé dans les circonstances où l'enfant voudra probablement assurer davantage son intimité, par exemple dans le cas d'une consultation ou d'un traitement pour une maladie vénérienne, de peur que l'enfant néglige de se faire traiter s'il y a un risque que ses parents en soient informés.

L'on tend aussi à voir la capacité uniquement dans le contexte de traitements relativement graves. Par ailleurs, à partir de quel âge peut-on, selon les règles de la common law, consentir à un prélèvement dans la gorge avec un tampon d'ouate? Cet exemple peut sembler insignifiant. Néanmoins, les interventions mineures risquent d'engendrer une certaine confusion chez l'enfant. L'examen des organes génitaux par un généraliste est un bon exemple. De plus en plus, les parents enseignent à l'enfant, dès un très bas âge, qu'il ne doit pas laisser un adulte toucher ses organes génitaux sans son consentement. Le fait de laisser le médecin toucher le malade dans cette région sans son consentement risque-t-il d'engendrer de la confusion chez l'enfant? À partir de quel âge un médecin devrait-il être tenu de demander le consentement de l'enfant avant d'effectuer un tel examen?

---

[253] Voir, par exemple, l'arrêt *Petty v. MacKay* (1979), 10 C.C.L.T. 85, 14 B.C.L.R. 382.

Il faut faire la distinction entre l'opération qui consiste à évaluer la capacité de l'enfant à consentir, et le fait d'inviter l'enfant, ou le parent, à participer au programme de traitement auquel l'autre a consenti. Cette participation peut être obtenue de plusieurs façons : on peut demander l'opinion de l'autre, on peut encourager les parties à dialoguer et on peut expliquer les traitements. Si le parent a pris la décision principale, par exemple s'il a décidé quel traitement sera administré, rien ne s'oppose à ce que l'enfant puisse prendre certaines décisions moins importantes, comme décider les jours où le traitement sera administré ou l'équilibre approprié entre le dosage du médicament et les effets secondaires de celui-ci. Il ne semble plus faire de doute que le médecin consciencieux doit reconnaître l'anxiété, les inquiétudes et les autres émotions ressenties par toutes les personnes concernées par le programme de traitement et qu'il doit faire ce qu'il peut pour les atténuer dans la mesure permise par la loi et la déontologie.

Il y a évidemment des limites à cette participation. Par exemple, s'il discute d'une intervention avec une personne qui n'a pas de pouvoir décisionnel, le médecin s'expose à des difficultés si la personne lui demande de ne pas procéder à l'intervention. Dans ce cas, la personne pourrait se sentir trahie par le médecin si l'intervention était effectuée malgré ses objections[254].

Cependant, selon le droit actuel, l'enfant jugé capable de consentir à un traitement particulier aura beaucoup plus que le simple droit de participer aux décisions relatives au programme de traitement. Il aura plutôt un pouvoir absolu de décision à l'égard du traitement. Par ailleurs l'enfant jugé incapable perd tout droit de décider quoi que ce soit à l'égard du traitement. Ce régime ne permet aucune souplesse. Chacune de ces alternatives offre des avantages et des inconvénients.

Si l'on accorde le pouvoir de consentir aux parents, l'on peut s'attendre à ce que la décision soit le résultat d'un jugement mûr et délibéré, en principe du moins. Ceci est clairement souhaitable dans le cas de très jeunes enfants. Pour

---

[254] M. Grodin et J. Alpert soulignent ceci à la p. 98, supra :

> [Traduction]
> Il n'est pas nécessaire de demander la permission du jeune enfant pour effectuer une intervention pénible quoique nécessaire comme un prélèvement sanguin. Si le médecin la demande, il y a de bonnes chances que l'enfant refuse l'intervention, pourtant nécessaire. En agissant malgré le refus de l'enfant, le médecin risque de perdre sa confiance. Le médecin ferait mieux d'expliquer doucement et amicalement l'intervention et sa nécessité : «Il faut que je fasse une prise de sang. Ça fera mal, mais...». Cette approche peut beaucoup aider à calmer la peur et l'anxiété et à favoriser la collaboration de l'enfant.

certains types de traitements, il se peut que ce soit la meilleure solution, même dans le cas d'enfants relativement mûrs. Cependant, cette solution pose des problèmes au fur et à mesure que l'enfant acquiert de la maturité. Elle ne permet notamment pas à l'enfant d'assumer son indépendance et ne respecte pas son besoin d'intimité. Comme nous l'avons déjà souligné, le pouvoir décisionnel du parent se trouve être limité par la notion juridique d'intérêt véritable de l'enfant.

La solution qui consiste à accorder le pouvoir de consentir à l'enfant peut être déconcertante dans le cas de certains types de traitements, surtout si l'on adopte un seuil de capacité relativement bas. Que l'on se fonde sur des croyances rationnelles au sujet de la maturité de l'enfant ou sur des hypothèses paternalistes irréalistes, il paraît déraisonnable d'accorder au jeune enfant le pouvoir de consentir ou non à un traitement qui pourrait lui sauver la vie. En revanche, le fait de laisser le mineur participer, dès son jeune âge, à des décisions de moindre importance à l'égard du traitement qu'il va subir, peut lui fournir l'occasion de développer ses facultés décisionnelles dans le cadre d'un traitement. Selon d'autres avis, le fait d'accorder à l'enfant un rôle important dans la détermination du traitement favorise sa collaboration, surtout si le plan de traitement prévoit que celui-ci sera de longue durée.

Dans d'autres domaines du droit, l'enfant ne se voit accorder aucun pouvoir décisionnel à proprement parler. Cependant, son consentement est nécessaire pour que la décision puisse être effective. Par exemple, dans le cas d'une requête d'adoption, le consentement de l'enfant est requis s'il est âgé de sept ans ou plus. En outre, des garanties de procédure équitable ont été prévues pour veiller à ce que le consentement de l'enfant reflète bien sa volonté[255]. Le double consentement n'est pas obligatoire en Ontario pour l'obtention de soins médicaux. Néanmoins, l'American Association of Pediatricians est d'avis que le double consentement du parent et de l'enfant devrait être obtenu dans le cas d'enfants âgés de plus de treize ans[256].

Ce régime de double consentement semble souffrir de la plupart des lacunes relevées dans les deux solutions précédentes, sans toutefois offrir leurs avantages. Le fait d'accorder des droits de consentement au parent aurait pour effet de priver

---

[255] Voir la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, art. 131.

[256] Cité dans M. Grodin et J. Alpert, supra, à la p. 95. L'Association recommande en outre que le consentement de l'enfant âgé de plus de sept ans soit obtenu dans tous les cas d'essais cliniques et que le refus de l'enfant de consentir à l'essai, ou sa volonté de ne plus y participer, soit respecté.

l'enfant capable de son droit à l'intimité. Par ailleurs, la possibilité, pour l'enfant, de s'opposer à un traitement engendrerait les mêmes incertitudes, pour ce qui est des traitements destinés à lui sauver la vie, que dans l'hypothèse où l'enfant jouirait seul du pouvoir de décider du traitement. L'avantage du régime de double consentement est d'empêcher l'administration d'un traitement sans le consentement mûr de l'adulte. En outre, cette solution reconnaît et respecte le droit du mineur à son autonomie.

On pourrait imaginer un régime où le traitement pourrait être administré soit avec le consentement du parent, soit avec celui de l'enfant. Cette possibilité demeure théorique et ne semble faire l'objet d'aucune règle de droit. Par ailleurs, cette solution ne nous paraît pas souhaitable. En effet, le droit à l'intimité de l'enfant n'est pas respecté, de même que son droit à l'autonomie. En outre, il n'y a aucune garantie que la décision du parent sera mûre ou appropriée, compte tenu des circonstances.

F. LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE CHEZ L'ENFANT ET L'ADOLESCENT - RÉSUMÉ

À la lumière des données précédentes sur le développement de la capacité chez l'enfant, nous recommandons que les personnes qui n'ont pas atteint l'âge de la majorité soient traitées comme suit :

1) Les jeunes âgés de 14 ans ou plus devraient être traités comme des adultes au plan de leurs prérogatives décisionnelles. Ils devraient donc être évalués comme des adultes lorsque leur capacité est mise en doute.

2) Dans la plupart des cas, le jeune et ses parents ou son tuteur seront d'accord sur la décision et il ne sera pas nécessaire d'évaluer la capacité du jeune.

3) Dans les cas où le jeune souhaite prendre une décision seul, sans l'intervention de ses parents ou de son tuteur, une évaluation ofrmelle doit être faite pour déterminer s'il est capable. S'il est jugé capable, sa décision doit être respectée; s'il ne l'est pas, la décision ne peut être prise sans l'autorisation de ses parents ou de son tuteur.

4) De même, lorsque le jeune et ses parents ou son tuteur ne sont pas d'accord, une évaluation formelle doit être faite pour déterminer si le jeune

est capable. S'il est jugé capable, sa décision doit être respectée; s'il ne l'est pas, le choix des parents ou du tuteur prévaudra (sous réserve des obligations légales applicables).

XII. LES PERSONNES ÂGÉES ET LA CAPACITÉ MENTALE

A. DÉMOGRAPHIE ET APERÇU JURIDIQUE

Comme les mineurs, les personnes âgées sont fréquemment présumées incapables, et elles sont souvent privées de leur pouvoir de choisir dans de nombreuses circonstances. Quelques-uns des plus importants choix sont ceux qui concernent le style de vie (en particulier, le lieu de domicile), les soins médicaux, et les questions financières. Plusieurs tendances sociales donnent aux problèmes de compétence des personnes âgées une importance croissante. Mentionnons la décomposition de la famille nucléaire, la mobilité croissante de tous les segments de la société, la conscience croissante des droits individuels et la transformation du profil démographique. La population âgée de plus de 65 ans s'est accrue considérablement depuis le tournant du siècle. En 1901, il y avait environ 250 000 personnes habitant au Canada qui se situaient dans cette tranche d'âge; en 1981, il y en avait environ 2,4 millions. On s'attend à ce que ce chiffre fasse plus que doubler d'ici 2021[257]. Proportionnellement, les personnes âgées de plus de 65 ans représentaient 19 pour cent de la population canadienne en 1981; en 2001, ce chiffre devrait atteindre 24 pour cent de la population[258].

La croissance de la population canadienne âgée de plus de quatre-vingts ans a été encore plus dramatique. En 1901, ce groupe d'âge comprenait moins de 40 000 personnes; en 1981, il en comprenait 451 000, un nombre que l'on s'attend à voir atteindre plus d'un million d'ici 2021[259].

On suppose généralement que les personnes âgées sont plus susceptibles que la moyenne de souffrir de diverses formes de déficits mentaux, supposition qui sera examinée davantage plus bas. Dans la mesure où cette supposition est correcte, les problèmes concernant la capacité décisionnelle des personnes âgées représentent un sujet extrêmement important pour l'Enquête. Celle-ci est consciente du fait que, loin de constituer une digression intéressante par rapport aux problèmes qui concernent les personnes non âgées atteintes de maladie mentale, les problèmes

---

[257] Santé et Bien-être social Canada *Fact Book on Aging in Canada* (Ottawa : Ministère de l'Approvisionnement et des Services, 1983), p. 14. En comparaison, la population générale fut multipliée par quatre et demie environ entre 1901 et 1981, passant de 5,4 millions à 24,3 millions. En 1981, il y avait 868 000 personnes âgées de plus de 65 ans qui habitaient en Ontario : ibid., p. 25.

[258] Ibid., p. 18.

[259] Ibid., p. 14. En 1981, 171 000 personnes âgées de plus de 80 ans habitaient en Ontario.

concernant la capacité décisionnelle des personnes âgées sont équivalents, à leur échelle, aux problèmes psychiatriques plus généraux.

La loi sur la capacité ne prévoit pas de dispositions spéciales pour les personnes âgées, si bien que la common law s'applique, sauf si elle a été modifiée par les lois discutées dans les annexes. En l'absence de désignation d'un tuteur de la personne ou des biens en vertu de la *Loi sur l'incapacité mentale*, les personnes âgées sont présumées capables pour rédiger des testaments et des contrats, prendre des décisions médicales, et nommer des décideurs subrogés, et elles ont les mêmes droits de consultation de leurs dossiers cliniques que n'importe qui d'autre dans la population.

L'âge avancé, en et par lui-même, ne modifie en rien cette présomption. Comme nous l'avons vu cependant, à partir du tournant des XVIIIème et XIXème siècles, l'incapacité associée à l'âge avancé devint une justification pour l'invocation de la Prérogative royale. Ceci est reflété dans l'article 39(1) de la *Loi sur l'incapacité mentale*, qui autorise la nomination d'un comité pour un individu qui est, du fait d'une infirmité mentale, due à la maladie, à l'âge ou à une autre cause, incapable de gérer ses affaires[260]. Ainsi, si une personne âgée devient sénile au point d'être incapable, par exemple, la loi ne requiert pas de diagnostic ou de justification supplémentaires pour la nomination d'un curateur aux biens[261].

Les procédures établies en vertu de la *Loi sur la santé mentale* s'appliquent

---

[260] *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264, art. 39(1).

[261] L'article 39(1) parle seulement des dispositions de la *Loi sur l'incapacité mentale* «relatives à la gestion et l'administration», une expression qui est utilisée ailleurs dans la loi spécifiquement à propos des biens : voir, par exemple, l'article 12. On peut se demander sur cette base si l'article 39 prévoit une autorité précise pour nommer un curateur à la personne.

Cette difficulté est plus apparente que réelle, dans la mesure où la définition de "personne frappée d'incapacité mentale" dans l'article 1(e) de la loi, lorsque lue conjointement avec la common law discutée dans d'autres annexes, serait suffisamment générale pour comprendre les personnes qui sont devenues incapables du fait de l'âge. La différence significative est que dans ce cas l'individu devrait véritablement être étiqueté comme une "personne frappée d'incapacité mentale", une étiquette qui est perçue par certains comme plutôt déplaisante. L'article 39 autorise la nomination d'une curatelle sans l'indignité de l'imposition d'une étiquette. On peut se demander combien cette distinction est réellement significative.

On suggère que l'omission d'inclure la curatelle à la personne et aux biens dans l'article 39 est une erreur. Lorsque l'article 39 fut introduit durant les premières années de ce siècle, la loi ne mentionnait pas du tout la tutelle personnelle. Lorsque la tutelle personnelle fut explicitement introduite dans la loi dans les années soixante, l'article 39 ne fut pas modifié. Il ne semble exister aucune raison rationnelle expliquant l'omission d'effectuer cette modification.

aux établissements énumérés dans les annexes de cette loi. Ce sont principalement les dix hôpitaux psychiatriques provinciaux, un grand nombre d'hôpitaux généraux qui offrent des services psychiatriques, et quelques cliniques en santé mentale. Les pavillons en psycho-gériatrie des hôpitaux psychiatriques provinciaux et des hôpitaux généraux sont donc compris dans la loi, et les malades de ces pavillons sont couverts par les dispositions de la loi[262]. Parmi les personnes âgées institutionnalisées âgées de soixante-quinze ans ou plus, --probablement le groupe le plus susceptible de requérir les dispositions spéciales concernant la détermination de la capacité prévues par la *Loi sur la santé mentale*, -- seulement onze pour cent des hommes et sept pour cent des femmes résidaient dans des hôpitaux généraux ou psychiatriques en 1981[263].

Les maisons de soins infirmiers, les foyers pour personnes âgées, les établissements de soin de longue durée et d'autres établissements pourvoyant aux besoins des personnes âgées ne sont pas couverts par la loi. Bien que ces établissements puissent être lourdement réglementés d'un point de vue administratif, la législation applicable ne touche pas aux problèmes qui concernent les droits des malades, la capacité, et l'autonomie des malades d'une manière utile pour l'Enquête. Le résultat est une distinction apparemment arbitraire dans la population des personnes âgées. Plusieurs des établissements qui ne sont pas couverts par la *Loi sur la santé mentale* offrent des services similaires dans une large mesure à ceux des pavillons en psycho-gériatrie qui sont touchés par la loi, et le fait pour une personne d'être placée dans un pavillon psycho-gériatrique ou dans un autre établissement peut, dans de nombreux cas, relever d'une décision en grande mesure arbitraire. Le résultat de cette décision a cependant beaucoup d'effets sur les structures juridiques qui sont applicables aux individus visés.

En plus de ces structures juridiques, les personnes âgées sont entourées par une panoplie de programmes gouvernementaux et de services sociaux. Quoique la connaissance de ces programmes soit utile pour la compréhension du contexte de prise de décision dans lequel les questions de capacité se posent, ils ne se réfèrent pas eux-mêmes directement à la capacité de l'individu, et un examen en profondeur

---

[262] Les malades des hôpitaux publics sont également couverts par le règlement 865 de la *Loi sur les hôpitaux publics*. Comme cela a été dit ailleurs, il est très difficile de savoir ce que ce règlement signifie, s'il signifie quelque chose, et même s'il est tout simplement valide.

[263] Ibid., p. 75. Le chiffre s'applique à l'ensemble du Canada, et pas seulement à l'Ontario. Les quatre-vingt-neuf pour cent d'hommes et quatre-vingt-treize pour cent de femmes restant étaient logés dans des établissements religieux, des foyers de soins spéciaux, des maisons de soins infirmiers, des foyers pour les malades chroniques, et divers autres établissements.

de ces programmes n'est pas nécessaire ici.

B. MYTHE ET RÉALITÉ DE LA CAPACITÉ CHEZ LES PERSONNES ÂGÉES

Il existe une image très répandue de l'homme ou de la femme âgé qui les montre comme des êtres vulnérables, s'affaiblissant physiquement et mentalement, vivant dans la misère, soit dans un établissement, soit seuls dans des conditions sordides. La résonance émotionnelle des arguments visant à limiter l'autonomie des personnes âgées à travers des conclusions d'incapacité dépend en grande mesure de la fréquence avec laquelle cette image représente en fait la réalité. Il devient donc essentiel de prendre sérieusement en considération les caractéristiques de la population des aînés. Ces caractéristiques sont également importantes pour la compréhension du contexte de prise de décision dans lequel les questions de capacité se posent.

Certains faits viennent confirmer cette image. Assurément, les personnes âgées sont statistiquement pauvres, un facteur qui engendre la vulnérabilité. La moitié des familles dont les chefs sont âgés de plus de 65 ans recevaient en 1981 des revenus annuels inférieurs à 15 000$, tandis que seulement quinze pour cent des familles dont les chefs n'étaient pas des personnes âgées recevaient un revenu aussi bas[264]. Parmi les gens âgés qui étaient "indépendants", cinquante-sept pour cent avaient en 1981 des revenus inférieurs à 7 000$[265]. Les femmes sont statistiquement plus pauvres que les hommes. En 1980, cinquante-sept pour cent des femmes âgées avaient des revenus de moins de 5 000$ par an, et soixante et onze pour cent de moins de 6 000$ par an[266]. Les femmes surpassent en nombre les hommes dans toutes les tranches d'âge au-dessus de soixante-cinq ans, et cette disparité devient plus prononcée au fur et à mesure que l'on considère des tranches d'âge plus élevées. On s'attend à ce que cette tendance devienne plus prononcée dans un avenir prévisible, de sorte qu'en 2001 on s'attend à ce qu'il y ait deux fois

---

[264] *Fact Book*, p. 42.

[265] Ibid. "Indépendant" signifie dans ce contexte vivre seul ou dans un établissement domestique dans lequel la personne n'est pas apparentée aux autres membres de celui-ci.

[266] P. Bartlett "Sexual Distinctions in Pensions". (1986) 24 Osgoode Hall Law Journal 833, p. 838.

plus de femmes que d'hommes âgés de plus de quatre-vingts ans[267]. Cette éventualité semblerait indiquer que les problèmes de pauvreté des personnes âgées vont persister.

Il existe des preuves des difficultés physiques des personnes âgées. L'étude par Weissman de 2588 personnes âgées vivant à New Haven portait sur les aptitudes fonctionnelles. Huit pour cent des membres de l'échantillon indiquèrent qu'ils avaient besoin d'assistance pour les soins personnels, et trente-trois pour cent répondirent qu'ils avaient besoin d'assistance pour se déplacer. Les autres répondirent qu'ils étaient dans une large mesure indépendants. Résultat peut-être plus troublant, lorsque Weissman demanda aux enquêtés tous les combien ils comptaient sur des amis pour du soutien social, vingt-six pour cent indiquèrent qu'ils n'avaient aucun ami proche dans le voisinage[268].

De plus en plus au cours des dix dernières années, la société est devenue consciente du problème des mauvais traitements des gens âgés. Bien que des statistiques soient de par leur nature difficiles à recueillir, on estime qu'environ un million de personnes âgées américaines sont annuellement victimes de mauvais traitements modérés à graves[269]. La plupart des auteurs des mauvais traitements sont des membres de la famille. La plupart du temps, les mauvais traitements consistent soit à tirer un avantage financier des personnes âgées, soit à négliger leurs besoins.

Résultat compatible avec l'image véhiculée par ces statistiques, une proportion de personnes âgées supérieure à la moyenne est nourrie de façon inadéquate[270]. Également, comme on pouvait le prévoir, les personnes âgées sont hospitalisées à cause de difficultés physiques plus souvent que la population dans

---

[267] Ibid., p. 20.

[268] M. Weissman, J.K. Myers, G.L. Tischler, *et al*, "Psychiatric Disorders (DSM-III) and Cognitive Impairment among the Elderly in a U.S. Urban Community". (1985) 71 *Acta Psychiatrica Scandinavia* 366, p. 371. Le chiffre concernant la mobilité correspond presque exactement à la statistique correspondante dans le *Fact Book*, qui établissait qu'en 1981 l'activité principale de trente-six pour cent des hommes et de trente-quatre pour cent des femmes avait été partiellement ou totalement limitée à un moment ou à un autre au cours des douze mois précédents. Le chiffre correspondant pour la population âgée entre quinze et soixante-quatre ans était de neuf pour cent : *Fact Book*, p. 56.

[269] D. Shell *Protection of the Elderly; A study of Elder Abuse* (Winnipeg: Manitoba Council on Aging, 1982), p. 1.

[270] *Fact Book*, p. 53. Ceci est particulièrement vrai des hommes âgés.

son ensemble[271].

L'aspect sombre de ce tableau doit être quelque peu tempéré. L'étude de Weissman, par exemple, signalait que plus de quatre-vingt-dix pour cent des personnes âgées étudiées se considéraient au moins en assez bonne santé, et que plus de quatre-vingt-seize pour cent se considéraient au moins en assez bonne santé affective[272]. Si l'on considère l'image esquissée au début de cette section, la personne a peu de chances d'être dans la misère, peu de chances de vivre seule ou dans un établissement[273], peu de chances d'être particulièrement affaiblie physiquement ou mentalement. Il est évident que la situation des personnes âgées soulève de nombreuses préoccupations sociales; il n'est pas sûr qu'une façon paternaliste d'aborder celles-ci soit demandée.

L'aspect sombre du tableau ne concerne pas directement la capacité. Lorsque des facteurs reliés à la capacité sont considérés, un tableau très différent apparaît. Une étude de Folstein portant sur 3481 adultes vivant dans la communauté de Baltimore Est a établi que seulement 6,1 pour cent des personnes âgées de plus de soixante-cinq ans souffraient d'une forme quelconque de démence. Parmi les personnes âgées de plus de soixante-quinze ans, moins de douze pour cent souffraient d'une forme quelconque de démence, et seulement deux pour cent des personnes âgées entre soixante-cinq et soixante-quatorze ans étaient sujettes à la démence[274]. Une étude de Feinson conclut que l'âge n'est pas un facteur dans la fréquence de la dépression et de l'affliction[275]. L'étude de Weissman présente un tableau moins plaisant, mais tout de même pas sombre. Un peu moins de onze pour cent de l'échantillon de personnes âgées de Weissman souffraient soit d'un

---

[271] Le *Fact Book* rapporte qu'en 1978-79, quatre-vingt-six pour cent des personnes âgées de soixante-cinq ans et plus ont déclaré avoir au moins un problème de santé, comparativement à environ la moitié des personnes âgées de moins de soixante-cinq ans. Les problèmes de santé les plus fréquents chez les personnes âgées étaient l'arthrite, le rhumatisme, l'hypertension, les troubles auditifs, les troubles de la vue, et la cardiopathie : *Fact Book*, p. 58.

[272] M. Weissman, J.K. Myers, G.L. Tischler, *et al*, p. 371.

[273] Seulement neuf pour cent des personnes âgées de plus de soixante-cinq ans habitaient dans de prétendues "résidences collectives" en 1981. À l'âge de soixante-quinze ans, vingt pour cent des femmes vivent dans de tels établissements : *Fact Book*, p. 68.

[274] M. Folstein, J.C. Anthony, I. Parhad, B. Duffy et E.M. Gruenberg "The Meaning of Cognitive Impairment in the Elderly". (1985) 33 Journal of the American Geriatrics Society 228, p. 232.

[275] M. Feinson "Aging and Mental Health: Distinguishing Myth from Reality". (1985) 7 Research on Aging 155.

trouble DSM-III, soit d'un affaiblissement cognitif grave à un moment donné pendant la durée de six mois de l'étude. Weissman présente les statistiques suivantes à propos de la distribution selon l'âge d'un tel affaiblissement[276] :

Âge	Affaiblissement cognitif grave (%)	Autres diagnostics DSM-III (%)	Total (%)
65-74	1,1	7,3	8,4
75-84	4,3	6,3	10,6
85 +	16,8	3,3	20,1

Weissman rapporte également que vingt-six pour cent des répondants reconnurent avoir un problème de mémoire, un facteur qui pourrait limiter la capacité dans les cas extrêmes.

En ce qui concerne la population des personnes âgées dans son ensemble, donc, la majorité des gens âgés dans chaque catégorie d'âge étudiée est apparemment capable de prendre ses propres décisions. Nous ne devrions pas perdre de vue cette réalité fondamentale, quoi qu'il en soit des problèmes sociaux auxquels les personnes âgées font face, et quoi qu'il en soit du cadre plus complexe du placement en établissement.

Les problèmes des personnes vivant en établissement sont différents, à la fois parce qu'on peut s'attendre à ce que leur capacité risque plus d'être en question que celle de la population générale des aînés, et à cause de l'effet du milieu institutionnel. La dépendance à l'égard de l'établissement et de son personnel pour toutes les activités de la vie quotidienne peut elle-même créer un environnement au sein duquel le malade s'implique moins dans le processus de prise de décision. Il s'ensuit un effet défavorable sur le bien-être affectif, physique et comportemental du malade. Certains affirment que le fait d'être placé en établissement lui-même a un impact négatif sur la capacité[277].

---

[276] M. Weissman, J.C. Myers, G.L. Tischler, *et al*, p. 373.

[277] A. Caplan «Cries and Whispers: Ethical and Policy Issues Raised by Impaired or Diminished Competency in Elderly Patients». Dans E. McGee et G. Gutman *The Challenge of Time*, volume V de la *Canadian Gerontological Collection* (Winnipeg: Canadian Association on Gerontology, 1985), p. 174; voir aussi B.

La société continue de véhiculer ses stéréotypes face aux gens âgés. L'image décrite au début de ce chapitre était l'un de ces stéréotypes. Cohen soutient que ces stéréotypes sont le produit d'une opinion sociale qui perçoit les personnes âgées comme biologiquement inférieures au reste de la société. Il soutient que ces images continuent à être en général incontestées à l'intérieur de la société dans son ensemble et au sein de la population des personnes âgées elle-même. En conséquence, le succès du "mouvement de libération" des personnes âgées a été beaucoup plus restreint que celui d'autres mouvements de libération. Les personnes âgées, affirme-t-il, ont elles-mêmes accepté cette perception, ce qui se traduit par une autonomie fonctionnelle diminuée dans cette population[278]. Il fait remarquer que si ceci est vrai au sein de la population des personnes âgées dans son ensemble, cela a de grandes chances d'être encore plus prononcé dans un cadre institutionnel.

La préoccupation principale relative à la capacité au sujet des aînés placés en établissement concerne la «surprotection». La crainte est que les personnes qui ne sont pas capables soient surmédicamentées, ou qu'on leur refuse d'une autre manière un degré approprié d'autonomie. Une expérience récente effectuée au Manitoba porte à penser que de telles craintes sont justifiées. Entre 1980 et 1983, l'hôpital de St. Boniface a réduit de 2777 à 97 les contraintes mécaniques sur les malades âgés. Il y a également eu une réduction de la quantité de médication psychotropique administrée à ces malades. En dépit de la réduction, il n'y a pas eu d'augmentation significative du nombre de chutes requérant une attention médicale[279]. Ceci semble indiquer que les établissements font des excès de zèle pour protéger l'aîné, et à vrai dire restreignent de façon injustifiée les droits de l'aîné. L'argument est plus sérieux concernant toute forme de surmédication, parce qu'une telle médication peut avoir des effets défavorables nocifs, et par conséquent ne pas être seulement une restriction injustifiée de l'autonomie du malade, mais être aussi directement nocive pour l'individu.

Dans la mesure où la difficulté touche à la «mystique des aînés», à la

---

Hoffland «Autonomy in Long Term Care: Background Issues and a Programmatic Response». (1988) 28 (suppl.) The Gerontologist 3, p. 5.

[278] E. Cohen «The Elderly Mystique: Constraints of the Autonomy of the Elderly with Disabilities». (1988) 28 (suppl.) The Gerontologist 24.

[279] A. Schafer «Guarding the Liberty of the Aged», *Globe and Mail*, 5 juillet 1985, p. 7.

perception de soi qu'ont certaines personnes âgées de leur incapacité à prendre des décisions suite au placement en établissement, un programme efficace visant à rendre le contrôle aux malades serait la solution évidente. On doit leur donner leurs droits, pas seulement dans la loi, mais aussi dans la pratique. Et, comme les enfants, ils devraient être impliqués le plus possible dans les décisions qui affectent leur vie, qu'ils soient ou non capables d'un point de vue technique.

Quelques-uns au moins des malades des établissements vont cependant être incapables. Un système administratif efficace est nécessaire afin de décider de l'incapacité, et d'autoriser un décideur subrogé à prendre les décisions exigées dans l'intérêt du malade.

La préoccupation face à la «surprotection» peut également toucher certains des aînés qui vivent dans la communauté. Il existe par exemple des indications à l'effet que des traitements chimiques sont prescrits de façon excessive à ce groupe aussi, et particulièrement aux femmes âgées.

Une préoccupation plus importante, cependant, concerne la sous-protection de l'aîné dans la communauté, engendrant par exemple la crainte que l'aîné ne reçoive pas une attention personnelle adéquate. Un autre sujet de préoccupation est la fréquence des mauvais traitements, qu'ils soient d'ordre financier, dus à la négligence, ou, moins fréquemment, dus à une agression directe. On se doit de toujours considérer ces préoccupations vis-à-vis du problème que pose l'intrusion dans la vie privée de l'individu. Ironiquement, une forme d'abus d'ordre financier peut se produire lorsqu'un membre de la famille est nommé curateur aux biens et omet de subvenir adéquatement aux besoins de l'aîné. Alexander parle de ces personnes comme de «pupilles de leur propre richesse»[289]. Ce sont des personnes qui ont perdu leur liberté en conséquence des efforts des tribunaux et de leurs familles, bien-intentionnés ou autres, pour qu'ils ne perdent pas leur richesse. À nouveau, on doit reconnaître que ces questions, bien que relatives à la capacité, seront souvent inextricablement liées à d'autres facteurs. L'aîné peut penser, par exemple, qu'il ne peut pas contester la personne qui tire un avantage financier de lui, parce que le fait de vivre avec cette personne est perçu comme plus désirable que le fait de vivre dans un établissement ou dans la rue, les autres options possibles. L'examen de la capacité à prendre des décisions doit tenir compte de l'existence de ces autres facteurs si l'on espère atteindre le résultat désiré.

[289] G. Alexander «On Being Imposed Upon by Artful or Designing Persons». (1977) 14 San Diego Law Review 1083, p. 1084.

C. EVALUATION DE LA CAPACITÉ DES PERSONNES ÂGÉES - RÉSUMÉ

Étant donné les caractéristiques uniques des personnes âgées, nous recommendons que soient utilisés ici les mêmes paramètres que ceux qui sont utilisés pour l'évaluation de la population générale, moyennant quelques changements mineurs d'accentuation. Ce qui suit résume nos recommendations à cet égard :

1) Les paramètres cognitifs, bien qu'essentiels, ne devraient pas avoir autant de poids lorsqu'on évalue la capacité décisionnelle de cette population, à moins que la cognition ne soit compromise au point d'empêcher un fonctionnement adéquat[281]. Des tests cognitifs seraient également utiles pour des diagnostics différentiels afin d'exclure la démence ou le délire réversibles.

2) Le fonctionnement autonome est un paramètre particulièrement important lorsqu'on évalue la capacité des personnes âgées. Il existe une variété de tests[282] disponibles et de mécanismes tels que ceux employés par l'équipe en gériopsychiatrie[283] et par la clinique de capacité de Baycrest[284] qui peuvent être utilisés pour évaluer ce paramètre.

3) Les préférences de vie établies deviennent particulièrement importantes lorsque se pose une question concernant le style de vie et l'organisation de la vie d'une personne âgée. Les préférences de vie établies sont les modes de comportement et les choix établis de la personne âgée. En l'absence de

---

[281] On doit reconnaître le fait que nous n'avons pas de notion précise de ce que signifie une personne psychiatriquement normale, étant donné que la cognition est habituellement mesurée en référence à l'adulte d'âge moyen prototypique. De plus, nous n'avons aucune donnée claire quant au type et au niveau de fonctionnement cognitif qui est requis pour que les individus de ce groupe opèrent dans leur cadre social et culturel.

[282] Voir E. Pfeiffer *The OARS Multidimensional Functional Assessment Questionnaire* (Durham: Duke University Centre for Aging and Human Development, 1975) et 5-15; I. Rossman «Comprehensive Functional Assessment; A Commentary». (1983) 21 Journal of the American Geriatric Society 763; et S. Katz «Assessing Self-Maintenance: Activities of Daily Living, Mobility, and Instrumental Activities of Daily Living». (1983) 31 Journal of the American Geriatric Society 721.

[283] Voir M. Wolff «Determination Mental Status in an Ambulatory Geriatric Population». (1984) 32 Journal of the American Geriatric Society 245 et M. Williams et T. Williams «Evaluation of Older persons in the Ambulatory Setting». (1986) 34 Journal of the American Geriatric Society 37.

[284] Voir M. Silberfeld, W.R.C. Harvey, B.M. Dickens et R.J. Pepper-Smith «A Competency Clinic for the Elderly at Baycrest Center». (1988) Advocates Quarterly 23.

déficits cognitifs ou fonctionnels graves, les choix qui s'accordent avec les préférences de vie d'un individu devraient être respectés[285].

4) Les décisions à propos de l'extension technologique de la vie, qui impliquent principalement quoique pas exclusivement des personnes âgées dans le processus de prise de décision, introduisent un sujet de discussion d'importance croissante dans la société. Le testament biologique est un document dans lequel le malade déclare que dans le cas où sa condition serait jugée irréversible ou sans espoir par un médecin compétent et où il ne serait plus mentalement capable de prendre lui-même la décision, des moyens «héroïques» ne devraient pas être utilisés pour prolonger sa vie. Le testament biologique informe le médecin et la famille d'un individu que celui-ci préfèrerait la mort au maintien artificiel en vie lorsqu'il n'y a aucun espoir de guérison.

   Le testament biologique ressemble à un document testamentaire. Il s'agit d'un document notarié, fait devant au moins deux témoins. Il est fait dans l'intention de protéger le malade contre l'influence de la douleur ou d'une future ruine financière de la famille au moment où le document est exécuté. En tant que déclaration faite d'avance, il implique la capacité du déclarant. Cette idée que les gens peuvent, par avance, améliorer au moins quelques-uns des détails de leur trépas, est devenue courante. Le droit d'un malade à un consentement éclairé n'a aucun sens s'il ne va pas de pair avec le droit à un refus éclairé. Un tel droit devrait être exposé au malade en train de mourir. Si l'auteur du testament est ultérieurement jugé incapable, le testament sera révoqué. L'intention du rédacteur en créant le document est de couvrir les éventualités dans lesquelles il aurait à accorder ou à refuser le consentement au traitement, ce qui comprend l'incapacité pour cause de maladie mentale.

   Le testament biologique se veut un instrument persuasif à l'égard de la famille et du médecin. Son existence est susceptible d'encourager la famille à consentir à la fin du traitement, tout en fournissant une protection au médecin dans le cas où une poursuite légale serait engagée.

   Une discussion plus complète de certains moyens artificiels de prolongation de la vie (interruption du respirateur artificiel, testaments biologiques et

[285] Voir V. Melnick et N. Dubler, (éds.), *Alzheimer's Dementia: Dilemmas in Clinical Research* (Clifton: Humana Press, 1985).

procurations de longue durée) dépasse les limites de ce rapport. Nous recommendons cependant qu'une étude plus poussée soit effectuée afin d'examiner les implications législatives de ces questions.

XIII. L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

A. LIMITES DE VALIDITÉ DES ÉTUDES EMPIRIQUES SUR LA CAPACITÉ

Au cours des vingt dernières années, l'évaluation de la capacité de prendre des décisions importantes s'est fondée de plus en plus sur des données épidémiologiques. Une partie importante de ces recherches a porté sur la notion de consentement éclairé, qui a vu le jour en tant que théorie juridique à la fin des années 1950. Plusieurs études ont été consacrées aux déterminants de la capacité des personnes à prendre des décisions à l'égard de leur traitement, surtout au cours des dix dernières années. Ces études ont été entreprises en réponse à l'évolution du principe du consentement éclairé, et pour répondre aux exigences des bénéficiaires qui revendiquent, pour la plupart, une participation accrue au processus décisionnel dans le système de santé. Les résultats de ces recherches sont cités à l'appui de décisions sur le plan politique et législatif. Ils permettent en outre d'étayer des arguments et des jugements dans le cadre judiciaire.

Depuis quelques années, certaines affaires portant sur des principes juridiques et médicaux en matière de capacité ont été portées jusque devant la Cour suprême des États-Unis. En 1975, la Cour suprême a entendu pour la première fois une affaire qui portait sur l'exercice de la psychiatrie sur le plan civil[286]. Depuis cette date, ce tribunal a rendu au moins six jugements supplémentaires dans ce domaine et il commence à exiger que les parties présentent des données beaucoup plus rigoureuses, plutôt que d'avoir à s'appuyer sur la seule preuve d'experts. Cette rigueur peut être obtenue au moyen d'études empiriques qui permettent d'en tirer des statistiques. Ces statistiques peuvent être présentées de manière à donner, en apparence du moins, une idée plus exacte de la réalité. Ce problème d'exactitude se pose avec d'autant plus d'acuité lorsqu'il s'agit d'évaluer la capacité de prendre des décisions d'ordre social. Au cours des dernières années, plusieurs études ont porté spécialement sur cette question, mais dans bien des cas elles ont fait l'objet de plusieurs préjugés sur les plans méthodologique et idéologique.

L'exposé qui suit analysera les problèmes qui découlent de l'interprétation des données empiriques. Une attention toute particulière sera accordée au rôle joué par l'idéologie dans les recherches épidémiologiques. Dans le cadre de cette analyse, nous étudierons deux questions principales. La première concerne la validité statistique des données obtenues au cours de ces recherches. Il s'agira de déterminer si ces données répondent aux exigences d'une étude épidémiologique

---

[286] P.Appelbaum «The Supreme Court Looks at Psychiatry», (1984) 141 Am. J. Psychiatry, à la p. 827.

solide. Pour répondre à cette question, il faudra examiner comment ces études sont conçues ainsi que les méthodes utilisées pour obtenir et interpréter les données. La seconde question porte sur le cadre idéologique d'une étude, c'est-à-dire l'identité des auteurs de l'étude, les idéologies qui sous-tendent celle-ci explicitement ou implicitement, et la mesure dans laquelle la recherche est conçue pour que l'atteinte de son objectif confirme ces idéologies.

L'analyse des recherches menées dans le domaine de la capacité se fera surtout à partir de la seconde question, mais elle portera néanmoins sur quelques éléments de la première. Nous chercherons à démontrer que les caractéristiques méthodologiques de l'analyse ne suffisent pas à établir le caractère significatif des données et qu'il faut absolument répondre à la seconde question si l'on veut comprendre l'incidence des valeurs préconçues ou des idéologies sur les résultats d'une étude, et surtout sur la manière dont ces données sont interprétées. Cette question prendra toute son importance lorsque nous examinerons les énoncés affirmatifs concernant la capacité de divers groupes de la population, notamment les enfants, les malades mentaux et les personnes âgées.

Plusieurs études sur le système de santé appliquent la méthode d'étude épidémiologique. Le présent exposé portera donc une attention particulière à des ensembles précis de données dans ce domaine décisionnel. Dans une certaine mesure, notre analyse ne permettra pas d'étudier directement toutes les facettes du problème de la capacité. Cependant, la manière d'interpréter les données relevées dans le domaine de la santé a un rapport avec la manière d'interpréter les résultats de recherches qui porteraient sur la capacité des personnes en santé de prendre certaines décisions sur le plan civil, que ce soit signer un testament ou conclure un contrat. Par conséquent, l'analyse des problèmes sur les plans méthodologique et idéologique permettra de savoir comment les résultats de recherches empiriques devraient être employés pour déterminer la capacité de prendre des décisions d'ordre social[287].

Une des caractéristiques importantes de la plupart des recherches qui se situent à la frontière du domaine juridique et des domaines de la psychiatrie et de la psychologie consiste à examiner les processus décisionnels dans le contexte de certains objectifs en fonction de notions générales comme la «capacité» et le «consentement rationnel». Ces notions serviraient à caractériser certains gestes

[287] L.R. Tancredi et D.N. Weisstub «The Ideology of Epidemiological Discourse in Law and Psychiatry: Ethical Implications». Dans L.R. Tancredi (ed.) *Ethical Issues in Epidemiological Research* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1986).

comme le fait d'accepter d'être un sujet de recherche, de refuser un traitement, de donner un consentement éclairé, et à déterminer la capacité cognitive nécessaire pour fonctionner en société. Nous commencerons cette étude en examinant d'abord les erreurs les plus fréquentes et leur effet sur la méthode d'étude. Ensuite, nous traiterons brièvement de la question de l'idéologie et de la façon dont elle conditionne l'élaboration des études.

1. Les erreurs méthodologiques et leur effet

Les recherches dans les domaines de la psychologie et des sciences sociales sont régies par une série de lignes directrices qui demeurent néanmoins assez souples pour tenir compte de la diversité du comportement humain. Malgré tout, les chercheurs doivent respecter certaines règles universelles pour que les résultats soient valides et fiables. Plusieurs de ces règles ne sont pas respectées par ceux qui effectuent des recherches sur la santé mentale, ce qui entraîne quelques-uns des problèmes théoriques et des imprécisions associées à ces recherches. Voici quelques-unes des lignes directrices qui doivent absolument être respectées pour qu'une recherche permette d'obtenir des résultats solides.

Opérationnalisation

Il est essentiel d'établir les paramètres qui permettront de définir ou de décrire une notion avant de la soumettre à des recherches empiriques. L'opérationnalisation s'entend de l'élaboration d'une méthode de recherche précise ou des opérations qui permettront de faire les observations empiriques qui représentent la manifestation de cette notion dans le monde réel. Même s'il est pratiquement impossible de mener des recherches significatives sans avoir une excellente connaissance de son objet, peu de chercheurs opérationnalisent convenablement les notions-clés. Il est possible, d'une part, que la notion paraisse si simple que l'on présume que tout le monde la comprend. Par ailleurs, la notion peut être tellement complexe qu'elle est impossible à définir. L'absence d'objet clairement articulé est particulièrement répandue dans les études menées dans le domaine de la santé mentale. Sans une idée précise de l'objet de l'étude, les données obtenues risquent de n'avoir aucun rapport significatif avec la notion. Cette lacune aurait essentiellement pour effet d'invalider les résultats des recherches et de réfuter les conclusions tirées de ces résultats.

Contrôle

Pour contrôler ou exclure les effets dus à l'expérience elle-même, un groupe témoin s'impose. La nécessité d'avoir un groupe témoin a été démontrée par les études effectuées par Roethlisberger et Dickson dans les années 1930 au Western Electric Hawthorn Works, à Chicago[288]. Ces études visaient à mettre en évidence les changements dans les conditions de travail qui auraient pour effet d'améliorer la satisfaction des employés et leur productivité. Les chercheurs avaient d'abord constaté que la productivité augmentait lorsque l'éclairage de la salle de travail était amélioré. Des améliorations supplémentaires de l'éclairage donnaient lieu à une augmentation accrue de la productivité. Roethlisberger et Dickson ont ensuite diminué la lumière et s'attendaient à ce que ceci entraîne une diminution de la productivité. Malgré tout, ils ont été étonnés de constater que la productivité avait encore augmenté. Ils ont donc conclu que les travailleurs ne réagissaient pas aux améliorations des conditions de travail, mais plutôt à l'attention que les chercheurs leur portaient. Ce phénomène, appelé l'effet Hawthorn, a généralement servi à mettre en garde les chercheurs contre les effets éventuels de la recherche elle-même.

Malheureusement, la prudence que devrait inspirer l'effet Hawthorn ne semble pas être monnaie courante dans les recherches menées dans le domaine de la santé mentale. Plusieurs études sont effectuées sans l'aide de groupes témoins. Pourtant, il est rare que l'on signale que les résultats de l'étude risquent d'être faussés ou invalidés en raison de cette lacune. Il existe probablement des circonstances dans lesquelles il serait impossible ou infaisable d'établir des groupes témoins dans certaines expériences sur la santé mentale. Cependant, il incombe aux chercheurs de faire l'effort voulu pour employer des groupes témoins, ou du moins, de reconnaître la possibilité que les résultats de l'expérience puissent être viciés par cette absence de contrôle.

Recherche objective

Les recherches sont souvent menées par des chercheurs qui participent étroitement au processus qu'ils tentent d'étudier, notamment dans le domaine du consentement éclairé. Dans bien des cas, les recherches portent sur des malades soignés et traités par le médecin qui dirige les recherches. Les chercheurs qui assument ce double rôle, celui de médecin et de chercheur, étudient en quelque

[288] J.J. Roethlisberger et W.F. Dickson *Management and the Worker* (Cambridge : Harvard University Press, 1939).

sorte leur propre comportement. Il leur manque le désintéressement nécessaire pour que les conclusions de leurs recherches soient crédibles. Il est peu probable qu'ils tiennent compte de l'effet relatif de leur propre comportement sur le comportement de leurs malades. Par conséquent, il y a peu de chances qu'ils soient en mesure d'évaluer les effets de leur propre comportement au même titre qu'un observateur neutre.

Le médecin qui a le double rôle de médecin-chercheur peut influencer le comportement des sujets de recherche du seul fait qu'il est leur médecin. Par exemple, des malades qui refuseraient normalement de participer à un essai clinique mené par un tiers pourraient par ailleurs se sentir obligés et même contraints d'y participer lorsque le chercheur est aussi leur médecin. Cette hypothèse est fort plausible. De la même manière, il est pratiquement impossible de savoir comment ce phénomène influera sur les résultats de l'essai. Il est donc très difficile, voire impossible, d'en pondérer les effets.

Cas hypothétiques

L'on fait appel à des cas hypothétiques dans le cadre d'études par analogie où les sujets doivent prendre des décisions hypothétiques en rapport avec des procédures hypothétiques. Cette méthode d'étude comporte certains avantages inhérents. Elle permet notamment au chercheur de contrôler plusieurs variables externes. Cependant, elle a aussi certains désavantages. Les études par analogie risquent de manquer de vraisemblance et l'on doit tenir compte de cette caractéristique au moment d'interpréter les résultats. Par exemple, il y toujours un risque d'invalidité puisque certains éléments psychologiques de la prise de décision n'auront sûrement pas été vécus par les sujets, alors que ces éléments auraient peut-être eu des effets ou des conséquences dans une situation réelle d'essai. Puisque les sujets n'ont pas à faire face à des défis cognitifs réels, ils peuvent être incapables de prévoir exactement leur réaction s'ils étaient placés dans cette situation hypothétique. Par ailleurs, il se peut que les personnes appelées à prendre une décision hypothétique ne prêtent pas la même attention à l'information qui leur est communiquée. Elles pourraient avoir tendance à prêter plus d'attention qu'elles ne l'auraient fait en réalité, ou l'inverse. Puisqu'il est souvent impossible de mesurer les différents degrés d'attention ou l'importance de ces variations, il sera donc difficile, voire impossible, de contrôler ces variables.

Études sur le «rappel»

Dans les études sur le rappel, les chercheurs voient dans l'impossibilité pour

le sujet de se rappeler de certains renseignements la preuve de la notion qui fait l'objet de la recherche. Ce type d'étude pose des problèmes, notamment dans le domaine de la capacité. Dans ces études, le fait de ne pas se souvenir de l'information est considéré comme une preuve *prima facie* de l'incapacité de consentir au traitement ou de le refuser. Cette question a été abordée par Meisel et Roth :

> [Traduction]
> Que les malades ne se souviennent pas de certains renseignements plusieurs jours, plusieurs semaines ou plusieurs mois après le traitement n'a tout simplement aucun rapport avec le fait qu'ils aient ou non donné un consentement éclairé au moment de l'intervention ou à l'époque de celle-ci. Tout au plus, peut-on affirmer que ceci pourrait avoir un rapport incident[289].

L'incapacité à se souvenir d'un renseignement peut simplement être liée au processus normal de l'oubli. La littérature qui prône l'évaluation du «rappel» a généralement tendance a passer cette explication sous silence. À défaut d'un groupe témoin, ou, à tout le moins, d'un groupe de comparaison apparié qui démontrerait le contraire, il est plausible que les malades psychiatriques puissent en fait se rappeler de davantage de choses que d'autres groupes de malades. Cependant, il n'existe actuellement aucune manière de prouver ou d'infirmer cette hypothèse puisque les chercheurs omettent systématiquement d'effectuer des études de contrôle en ce domaine. Du reste, il est intéressant de noter que les chercheurs se demandent souvent si les sujets comprennent ce qu'ils ont lu ou ce qui leur a été dit, ou s'ils s'en souviennent, sans se donner le peine de déterminer si le malade avait, en fait, pris connaissance de l'information au départ. La plupart du temps, l'on se contente de présumer que c'était le cas!

> [Traduction]
> Lorsque les renseignements doivent être communiqués aux malades par une autre personne que celle qui mène l'étude sur le consentement éclairé, ce qui est souhaitable pour d'autres raisons méthodologiques, il incombe au chercheur de déterminer d'abord si les renseignements ont effectivement été communiqués[290].

2. Analyse de deux études comportant des erreurs de méthodologie

Pour illustrer quelques-uns des problèmes méthodologiques propres aux études menées dans le domaine de la santé mentale, deux études seront évaluées en profondeur. La première étude portait sur la base d'informations que

---

[289] A. Meisel et L.R. Roth «Toward an Informed Discussion of Informed Consent : A Review and Critique of the Empirical Studies». (1983) 25 Arizona L.R. 388.

[290] Ibid.

possédaient des malades schizophrènes soumis à un traitement à long terme[291]. La seconde étude cherchait à examiner les caractéristiques des malades qui ont refusé qu'on leur administre des médicaments et ce qu'il est advenu de ces malades[292]. Ces deux études portaient sur des malades souffrant de problèmes mentaux et visaient à examiner certaines caractéristiques de ces personnes. La première étude visait à déterminer la capacité des malades schizophrènes à retenir certains renseignements au sujet de leur traitement. La seconde étude avait pour but d'examiner le type de malades d'un établissement psychiatrique qui refusent des médicaments. L'évaluation critique de ces deux études mettra en évidence quelques-uns des problèmes méthodologiques inhérents aux études dans le domaine de la santé mentale et signalera les aspects à corriger.

La première étude consistait à examiner des malades schizophrènes qui suivaient un traitement depuis plusieurs années. Ces personnes devaient répondre à une série de questions qui portaient sur les renseignements qu'elles avaient obtenu au cours de leur traitement. Les chercheurs espéraient qu'une évaluation systématique des renseignements dont ces malades se souvenaient leur permettrait d'établir un point de référence pour pouvoir préciser et approfondir les critères juridiques et thérapeutiques en la matière[293].

L'étude a été menée auprès de 85 malades externes du service de psychiatrie de l'Université libre de Berlin. Ils ont tous été interrogés par les chercheurs. Tous les malades participaient de leur plein gré. Les psychiatres traitants avaient diagnostiqué chez tous les participants des troubles schizophréniques. Les chercheurs suivaient un guide détaillé sur la manière d'interroger les malades et utilisaient un questionnaire. En moyenne, une entrevue durait entre 15 et 20 minutes.

Selon les résultats de l'étude, 40 pour cent des malades étaient incapables de nommer un seul effet secondaire des médicaments qu'ils prenaient. Un pour cent pouvaient en nommer un, 23 pour cent pouvaient en nommer 2 ou 3 et 6 pour cent pouvaient en nommer 4 ou 5. On a ensuite remis une liste de 37 effets

---

[291] M. Linden et R. Chaskel «Schizophrenic Patients in Long-term Treatment». (1981) 7 Schizophrenic Bulletin, à la p. 372.

[292] R. Keisling «Characteristics and Outcome of Patients who Refuse Medication». (1983) 34 Hospital and Community Psychiatry, à la p. 847.

[293] M. Linden et R. Chaskel «Schizophrenic Patients in Long-term Treatment». (1981) 7 Schizophrenic Bulletin, à la p. 372.

secondaires fréquents des neuroleptiques et autres médicaments, qui étaient identifiés par leur nom usuel et par leur nom scientifique. En moyenne, les malades choisissaient parmi cette liste 6 effets secondaires qu'ils disaient avoir ressenti personnellement. Lorsqu'on leur a demandé pourquoi ils avaient besoin de médicaments ou de préciser les avantages qu'ils souhaitaient obtenir du médicament, 85 pour cent ont pu nommer spontanément au moins un effet thérapeutique. Trente-neuf pour cent de ces personnes ont dit qu'elles prenaient ces médicaments pour prévenir une rechute. Lorsqu'on leur montrait une liste de 37 effets thérapeutiques et qu'on leur demandait de dire quels effets ils avaient ressentis, les malades pouvaient en nommer 12, en moyenne. Les chercheurs ont été surpris de constater que les malades pouvaient nommer 93 pour cent de tous les médicaments qui leur avaient été prescrits. Quatre-vingts pour cent des personnes interrogées étaient d'avis qu'en général les malades avaient été bien informés. Cependant, seulement 54 pour cent jugeaient qu'ils avaient eux-mêmes été bien informés du traitement.

À partir de ces données, les chercheurs ont conclu que «[Traduction] ces données mettent sérieusement en doute l'utilité des exigences juridiques formelles à l'égard des renseignements donnés aux malades»[294]. Les chercheurs ont ensuite établi une distinction entre le consentement donné par un malade qui se soumet volontairement à un traitement et ce qu'ils ont qualifié de «véritable» consentement, c'est-à-dire celui qui est fondé sur une connaissance des faits médicaux.

L'étude présente les lacunes suivantes : d'une part, les auteurs mentionnent le fait que la population étudiée était très docile. Cependant, le fait que tous les sujets à qui l'on avait demandé de participer aient consenti à le faire nous amène à douter de la validité de l'échantillon. Il faut ajouter que les sujets étaient traités par les chercheurs. Par conséquent, il est fort probable que le rapport malade-médecin ait eu un effet très important sur le consentement demandé pour participer au projet de recherche. En outre, cette étape initiale de la recherche constituait une occasion tout à fait propice pour que les biais des chercheurs viennent fausser l'étude. Il est possible que l'échantillon de sujets ait été choisi par les chercheurs pour leur permettre d'arriver aux résultats escomptés. Le fait que tous les malades invités à participer aient accepté permet de croire que c'était le cas.

Dans le cadre de cette étude, les chercheurs n'ont jamais tenté de contrôler

[294] Ibid.

les variables externes. Le sens commun nous porte à croire que des résultats semblables auraient pu être obtenus avec n'importe quelle population de malades, surtout en ce qui concerne la connaissance des effets secondaires des médicaments. Cette étude ne démontre pas que les malades psychiatriques sont moins informés que les autres groupes de malades. Les conclusions subséquentes sont plutôt faibles. Elles ne permettent pas de proposer des généralisations significatives.

Les chercheurs ont obtenu leurs données selon une méthode d'étude ponctuelle, plutôt que d'employer une méthode chronologique ou longitudinale. Puisqu'il s'agissait de malades hospitalisés depuis longtemps (10 ans), il se peut que cette période ait eu une incidence sur la faculté de rappel des malades. Le consentement éclairé a très bien pu avoir été donné à une certaine époque, mais oublié par le malade par la suite. En outre, la question du consentement soulève beaucoup de controverses depuis peu de temps. Les malades qui sont admis dans le système à l'heure actuelle sont peut-être mieux informés par les médecins que leurs prédécesseurs. Or la méthode d'étude employée ne permet pas d'isoler ces variables éventuellement trompeuses, ni d'autres variables du même ordre. Par conséquent, la valeur de l'étude est très limitée, voire nulle. Indépendamment de tous les défauts constatés sur le plan de la méthode d'étude, l'étude manquerait de fiabilité, puisque les résultats ne peuvent tout simplement pas être appliqués à d'autres groupes. En outre, la recherche souffre d'un manque de validité interne et externe.

La seconde étude que nous avons évaluée portait sur les caractéristiques des malades qui avaient refusé qu'on leur administre des médicaments et sur ce qu'il est advenu d'eux[288]. Dans cette étude, les auteurs ont tenté d'étudier des malades d'un point de vue clinique et de répondre aux questions suivantes : Qui sont ces malades? Quelles catégories diagnostiques sont représentées? Comment réagissent les malades au traitement?

Les chercheurs ont fait leur échantillonnage à partir d'un groupe de 375 malades qui avaient été admis au service civil d'un hôpital de Washington, D.C., au cours d'une période de cinq mois. Dans ce groupe, 9 malades, c'est-à-dire moins de 2,5 pour cent de la population, devaient être évalués pour déterminer si l'on pouvait ou non leur administrer des médicaments contre leur gré. Chacun des 9 malades remplissaient les critères établis par l'hôpital pour l'administration de médicaments d'urgence. Ce critère comprenait deux volets. Dans un premier

[288] R. Keisling «Characteristics and Outcome of Patients who Refuse Medication». (1983) 34 Hospital and Community Psychiatry, à la p. 847.

temps, le malade doit être jugé incapable de prendre une décision rationnelle à l'égard de son traitement. Ensuite, le malade doit représenter un danger pour lui-même ou pour les autres. Une fois que ceci a été déterminé, on leur a administré une dose de phénothiazine à effet durable. Après deux semaines, tous les malades acceptaient volontairement le médicament. Ils ont subi la version abrégée du test de l'échelle d'évaluation psychiatrique (BPRS) ainsi que le test de l'échelle d'évaluation globale (GAS) au moment de la première consultation, puis deux semaines plus tard. Le même évaluateur a administré les tests aux deux occasions.

L'étude a permis d'obtenir les résultats suivants : parmi les neuf personnes qui avaient refusé qu'on leur administre des médicaments, toutes avaient été admises involontairement à l'hôpital et sept d'entre elles étaient des hommes. L'âge moyen était de 33 ans. Au moment de la première consultation avec le directeur médical, le score global moyen des neuf malades à la BPRS était de 10,4. Ce résultat a été calculé sur une échelle allant de 0 à 12, où 0 représentait l'état pathologique minimal. Le score moyen à la GAS était de 12,7. Ce résultat a été calculé sur une échelle allant de 1 à 100, où 100 indiquait le niveau de fonctionnement le plus élevé. Après deux semaines, le score moyen à la BDRS s'était amélioré pour atteindre 4,1 et le score moyen du groupe à la GAS atteignait 48,3. La durée moyenne de l'hospitalisation des 9 malades était de 43 jours. À partir de ces données, les chercheurs avaient conclu que «[Traduction] si l'on avait retardé le traitement, il aurait fallu probablement hospitaliser les malades un mois de plus et cela aurait peut-être donné lieu à un comportement qui aurait mis des vies en péril»[296]. Ils ont en outre affirmé que «[Traduction] si l'on avait retardé le traitement, la plupart des malades auraient probablement perdu leur emploi ou auraient subi un préjudice au niveau de leur carrière[297].

Les critiques de cette étude ont révélé qu'elle était remplie d'erreurs méthodologiques. En effet, aucun groupe de contrôle ou groupe de comparaison n'y a participé et, en conséquence, il est difficile de savoir si les changements survenus dans les scores de la BPRS et de la GAS sont attribuables aux médicaments ou à un autre facteur, comme l'attention du chercheur. En outre, l'échantillon étudié est si limité que même s'il y avait eu un contrôle adéquat, les résultats obtenus ne pourraient ni être affirmés avec beaucoup de certitude ni être généralisés. Si les chercheurs connaissaient les hypothèses à évaluer, ce qui semble le cas, les changements dans les scores de la BPRS et de la GAS pourraient être

[296] Ibid.

[297] Ibid.

partiellement attribuables aux biais du chercheur - le même chercheur ayant fait passer les deux tests. Plus précisément, les conclusions ne sont liées d'aucune façon aux résultats obtenus, pas plus que les résultats ne sont soutenus par les données. En outre, les conclusions ne découlent pas de manière significative de l'hypothèse du chercheur. En fait, on peut dire à juste titre que l'étude ne réussit qu'à illustrer l'ignorance des chercheurs sur les principes élémentaires à suivre dans une recherche en sciences humaines. Les résultats sont invalides dans l'ensemble et pas fiables du tout.

Pour bien comprendre les problèmes méthodologiques de cette étude, il serait peut-être utile de les comparer avec un projet de recherche qui étudiait la même série de questions. Ce projet a examiné les «[Traduction] caractéristiques cliniques de malades hospitalisés pour une psychose, qui refusaient un traitement à base de médicaments antipsychotiques»[288]. Cette étude voulait faire un examen rétrospectif du refus prolongé, qui est défini comme une opposition totale et continuelle à un régime à base de médicaments.

Les chercheurs ont examiné rétrospectivement les dossiers de 30 déficients mentaux internés consécutivement auxquelles les équipes de soins avaient prescrit des médicaments non urgents à utilisation forcée et qui avaient été autorisés à suivre un traitement à base de médicaments antipsychotiques à utilisation forcée par le groupe d'examen des traitements. Un échantillon composé de 30 malades consentants, qui avaient volontairement accepté une médication antipsychotique, a été choisi en fonction d'une correspondance du point de vue de l'âge, du sexe, de l'unité de traitement, du statut d'internement et du diagnostic d'une déficience mentale grave qui exigeait la présence fréquente d'un responsable de soins antipsychotiques. Cette sélection visait à minimiser la confusion éventuelle liée à des facteurs indéterminés comme les équipes de soins, le personnel clinique et les décisions sur le dosage des médicaments. Le chercheur chargé d'extraire les données relatives aux variables démographiques et psychiatriques des dossiers médicaux des malades ignorait l'hypothèse qui faisait l'objet du test. Les données sur l'opposition ou les comportements perturbateurs qui intéressaient les chercheurs ont été extraites des résumés hebdomadaires du personnel infirmier, des notes des psychiatres et des feuilles de directives pour le mois précédant immédiatement la visite du chercheur. Pour confirmer les voies de fait rapportées, les chercheurs ont également examiné les rapports mensuels sur les voies de fait rédigés par la responsable des soins infirmiers. On a constaté un haut degré de concordance

[288] J.M. Zito, W.W. Routt, J.E. Mitchell et J.L. Roerig «Clinical Characteristics of Hospitalized Psychotic Patients Who Refuse Antipsychotic Therapy». (1985) 142 Am. J. Psychiatry 822.

entre les différentes sources.

Les données ont indiqué que ceux qui refusaient les médicaments étaient généralement jeunes (73 pour cent), de sexe masculin (63 pour cent), de race blanche (87 pour cent), célibataires (63 pour cent), et qu'ils avaient terminé leurs études secondaires (60 pour cent). Aucune différence importante n'a été constatée entre les opposants et les consentants à la suite d'une comparaison entre les variables non représentées dans l'échantillon. Soixante-treize pour cent des opposants et 87 pour cent des consentants comptaient au moins quatre hospitalisations antérieures pour des raisons psychiatriques. En outre, aucune différence statistique importante n'a été constatée entre les opposants et les consentants dans la fréquence des épisodes de comportements menaçants ou violents enregistrés antérieurement. En revanche, des différences importantes ont été observées entre les deux groupes quant au type de déficience mentale. On a diagnostiqué plus de troubles schizoaffectifs ou bipolaires parmi les opposants, tandis que chez la majorité des consentants ce sont des cas de schizophrénie qui ont été relevés.

Les chercheurs ont constaté qu'en tant que groupe les opposants n'ont pas manifesté de comportements plus menaçants, plus violents ou plus destructeurs et qu'ils se sont montrés aussi respectueux des autres parties du traitement. Ces résultats ont été observés malgré le fait que les opposants n'avaient pris aucun médicament pendant le mois précédant la visite du groupe d'examen des traitements. En conséquence, les chercheurs ont conclu que le personnel hospitalier employait d'autres techniques ou méthodes efficaces et qu'on devrait accorder une grande attention dans les recherches futures à l'interaction personnel-malade. Les chercheurs ont constaté en outre que les différences notées dans les groupes pourraient dépendre de leur type de déficience. Les opposants ont été plus souvent décrits comme bipolaires ou schizoaffectifs et, en conséquence, l'insistance du malade à refuser des médicaments pourrait refléter sa préférence maniaque pour l'état hypomaniaque.

Par opposition à la majorité des recherches sur ce type de malades, cette étude est scientifique du point de vue des références, en particulier à cause de l'utilisation d'un groupe de contrôle à composition équivalente. Il ne s'agit pas ici de donner une approbation inconditionnelle, mais elle peut au moins servir de modèle dans une recherche future. La nature rétrospective de sa conception et la petitesse de l'échantillon utilisé constituent les principales limites de l'étude. Un faible taux de plusieurs des comportements étudiés suggère que ces derniers ne sont pas des indices sensibles et précis d'un refus de médicaments. En

conséquence, il faudrait envisager d'autres mesures dans les recherches futures. Si aucune différence ne ressort, cela signifie peut-être que les comportements négatifs se répartissent également entre les opposants et les consentants. Une éventuelle technique d'étude qui utiliserait un échantillonnage temporel de comportements pris au hasard représente une méthodologie optionnelle qui pourrait augmenter la validité.

Résumé des études

D'après l'examen de ces recherches, il semble que les lacunes méthodologiques de la recherche en santé mentale ne sont pas trop complexes. Néanmoins, des lacunes continuent de proliférer dans la documentation sur le sujet, puisque les avocats, les médecins et les spécialistes des sciences humaines produisent des études dont la méthodologie est déficiente. Les revues juridiques et médicales continuent de publier ces études même si, dans plusieurs cas, cela n'en vaut pas la peine[299]. Après leur publication, ces études bénéficient d'une légitimation injustifiée. Dans la documentation sur la santé mentale, les chercheurs continuent de citer avec approbation les conclusions tirées ou les résultats obtenus par d'autres chercheurs, tout en méconnaissant les défauts évidents de ces études. Cela a une importance accrue pour deux raisons. Tout d'abord, ces recherches peuvent motiver des décisions relatives à des traitements ou d'autres décisions touchant les politiques applicables aux déficients mentaux. D'un point de vue éthique, il est inacceptable que ces décisions soient fondées sur des données non valables, peu fiables et qui ne peuvent être généralisées. Ensuite, les tribunaux utilisent de plus en plus la recherche en sciences humaines pour les aider dans leurs décisions. Étant donné le manque de validité et de fiabilité des données et aussi les variations dans la documentation de recherche pertinente, l'importance croissante de ces études pour les tribunaux a des répercussions profondes.

3. Questions idéologiques

Le concept d'idéologie a pris naissance au XVIII[e] siècle alors qu'il renfermait des connotations péjoratives[300]. Il est possible, cependant, de le décrire moins comme un concept négatif et de considérer plutôt qu'il fonctionne comme un processus neutre de compréhension. Comme l'ont souligné Romanucci-Ross et

[299] L.R. Tancredi «Competency for Informed Consent : Conceptual Limits of Empirical Data». (1982) 5 Int. J. Law & Psychiatry 51.

[300] J.B. Thompson, Studies in the Theory of Ideology (Berkeley : University of California Press, 1984).

Moerman[301], on peut penser que l'idéologie transforme «les valeurs fondamentales en action». En même temps, l'idéologie a conservé aujourd'hui une partie de son sens péjoratif. Dans l'*Idéologie allemande*, Marx a introduit la notion de fausse conscience comme un moyen d'attaquer les idées libérales bourgeoises. Les tenants du marxisme continuent d'utiliser l'«idéologie» pour enlever toute légitimité aux doctrines politiques et économiques qui sont clairement différentes des leurs.

Plusieurs philosophes de l'école de Francfort ont tenté de donner à l'idéologie un sens moins catégorique; des penseurs comme Mannheim[302] ont considéré l'idéologie dans un sens exempt de valeur, à savoir que toute pensée sociale issue d'une époque ou d'un lieu particulier est idéologique dans son essence même. L'objet d'une critique idéologique concerne moins l'évaluation de la justesse d'une position ou d'un cadre de référence particulier que la découverte des théories et des valeurs d'une période, ainsi que d'autres fondements de la société et de la vie sociale[303].

Comme nous l'avons déjà souligné, il y a des concepts de base orientant la recherche psychiatrique juridique qui se prêtent particulièrement bien à une interprétation idéologique. Les plus importants sont la «capacité», le «consentement rationnel», la «prise de décision autonome» et la «responsabilité criminelle». Ces concepts sont hautement porteurs de valeurs et, à ce titre, suscitent des problèmes majeurs dans les études empiriques puisque l'ensemble de la recherche doit être fondé sur le sens et l'interprétation de termes qui sont liés à différentes théories. Malgré ces problèmes, cependant, très peu d'études épidémiologiques - s'il y en a - qui utilisent des concepts généraux orientant la recherche en santé mentale semblent considérer leurs fondements idéologiques. Il est très rare de voir un compte rendu explicite des théories qui sous-tendent une étude. Les idéologies sont pénétrantes dans ce type de recherche. En outre, après avoir lu la première phrase d'un article de recherche qui en explique l'objectif, il est peu probable que le lecteur fasse une lecture critique des hypothèses sous-jacentes.

Voici les présomptions les plus importantes qui ne sont pas exprimées dans la plupart des études. D'abord, les études affirment généralement une présomption

---

[301] L. Romanucci-Ross et D.E. Moerman «The Extraneous Factor in Western Medicine». (1988) 16 Ethos : The Journal of Psychological Anthropology 146.

[302] K. Mannheim, Idéology and Utopia (New York : Harcourt, Brace & World, 1955).

[303] G. Gurvitch The Social Frameworks of Knowledge (New York : Harper and Row, 1971).

de supériorité qui constitue la base de leur théories sous-jacentes. Ensuite, il y a l'hypothèse inexprimée de l'«identité du cadre», qui signifie essentiellement que l'étude est compatible avec certains aspects de la vérité et de la réalité, particulièrement des vérités à caractère psychiatrique dans la mesure où elles concernent la société en général[304]. L'hypothèse de l'identité du cadre est évidemment essentielle à la réalisation d'une étude empirique. Après le début d'une étude, il est peu probable qu'on réexamine continuellement ou même périodiquement le cadre sous-jacent du processus de cueillette de l'information, qui est essentiel à la structure des questions intégrées dans la recherche. Cependant, à la suite de la recherche empirique, les résultats et les conclusions devraient être examinés à la lumière des questions touchant l'identité du cadre[305].

La troisième série de questions concerne les théories normatives liées aux caractéristiques intrinsèques des études. Ce sujet est composé de quatre sous-catégories de questions : la première tente de déterminer si le cadre constitue un moyen valable pour la cueillette empirique de l'information. Cela signifie essentiellement que les symboles porteurs de sens en matière de santé mentale, comme «déficience», «capacité», «instabilité», et «autonomie» fournissent des exemples précis provenant de l'ensemble des considérations qui influent sur l'information désirée. La deuxième sous-catégorie contient des notions préconçues de ce qui constitue une bonne décison de la part des sujets d'une recherche, dans le cadre d'une étude particulière. Par exemple, une recherche sur ce qui motive les malades à refuser un traitement serait probablement inspirée des opinions des thérapeutes sur ce qui constitue une bonne décision de la part du malade. Les hypothèses sous-jacentes applicables dans ce cas veulent que les thérapeutes aient une bonne idée des justifications qui légitimeraient un choix anormal en une «bonne décision» et, ensuite qu'un refus de traitement exige, en fait, une justification. Cela implique également que si les malades acceptent le traitement, il ne serait pas requis de fournir une justification spéciale puisque l'acceptation est plus conforme au cadre du pouvoir dominant et semblerait donc raisonnable et judicieuce aux yeux des enquêteurs. La troisième sous-catégorie de questions concerne les statistiques, les évaluations et les conclusions de la recherche, exigeant ainsi que ces trois séries de circonstances soient cohérentes et raisonnables. Cette opinion repose sur la première hypothèse voulant que le fondement et la réalisation de la recherche soient vraiment valables et que le cadre d'interprétation soit adapté

[304] R. Geuss, The Idea of a Critical Theory (Cambridge : Cambridge University Press, 1981).

[305] L.R. Tancredi et D.N. Weisstub «The Ideology of Epidemiological Discourse in Law and Psychiatry : Ethical Implications». Dans L.R.Tancredi (éd.), Ethical Issues in Epidemiologic Research (New Brunswick : Rutgers University Press, 1986).

aux théories normatives sous-jacentes à la conception de l'étude. La quatrième sous-catégorie est liée à l'hypothèse d'intégrité, qui couvre, en fait, l'état d'esprit du chercheur et la mesure dans laquelle celui-ci fausse le texte ou la présentation des données, l'évaluation et les conclusions ultimes.

Une grande catégorie souvent délaissée est celle touchant la «théorie de l'erreur». Celle-ci renvoie à la présence d'un concept intrinsèque de ce qui constitue une méprise ou une idéologie erronée. Pour être efficace, les théories normatives d'une idéologie exigent que l'erreur soit clairement déterminable. Mais cette idéologie de l'erreur est plus générale que celle de la méprise au chapitre des inconsistances méthodologiques ou statistiques. Elle concerne les erreurs faites dans la conception et la réalisation des études. À titre d'illustration, différents professionnels intéressés par la même série de données auront probablement des opinions divergentes sur la question de savoir si leurs hypothèses de base produisent des informations utiles ou des erreurs. Une étude réalisée par des avocats spécialisés en droits de la personne, qui vise à évaluer la capacité de refuser un traitement, aurait une répercussion idéologique différente de celle d'une étude semblable effectuée par des psychologues. Elle établirait la grille visant à différencier la capacité de l'incapacité en fonction de conditions qui seraient définies juridiquement pour souligner l'autonomie et l'autodétermination. Les psychologues créeraient une grille de différenciation en fonction de conditions qui seraient définies en termes psychologiques. L'idéologie de l'erreur est essentielle à la recherche parce qu'elle établit le champ d'interprétation, en définissant la portée de ce qui serait considéré comme des résultats raisonnables ou déraisonnables à partir du cadre d'un chercheur particulier.

Dans le domaine de l'expérimentation et de la recherche, particulièrement dans le traitement des phénomènes comportementaux qui touchent le droit de plusieurs manières, il est essentiel de faire une critique attentive pour révéler les motifs des conclusions fondamentales d'un projet de recherche lorsqu'ils traitent des préoccupations idéologiques[306]. L'examen des décisions sur certains objectifs, comme le fait d'accepter d'être un sujet de recherche, le consentement éclairé, le refus d'un traitement et la détermination de la capacité cognitive à fonctionner dans la société, constitue une caractéristique importante de la plupart des recherches qui touchent au domaine commun du droit et de la psychiatrie. Cela implique évidemment des hypothèses sur ce qui est rationnel et sur ce qui ne l'est pas, et signifie, selon toute apparence, que certaines optiques dans la prise de décisions sont meilleures que d'autres. Dans le texte qui suit, nous examinerons

[306] Ibid.

quelques études pour montrer la confusion que les questions idéologiques jettent sur la valeur des conclusions d'une recherche empirique.

4. Études particulières révélant des problèmes idéologiques

Un exemple d'étude qui a examiné la question de la capacité à donner un consentement éclairé est celle de Weinstock, Copeland et Bagheri[307]. Dans cette étude, les auteurs ont passé en revue les critères de capacité d'abord proposés par Roth, Meisel et Lidz, en 1977[308], puis ils les ont réduits à la notion élémentaire voulant que les malades soient considérés comme capables si les conditions suivantes étaient remplies : 1) ils sont capables d'exprimer leur choix; 2) le choix peut entraîner des conséquences raisonnables; et 3) le choix montre qu'il est fondé sur des motifs rationnels ou, en d'autres termes, qu'un malade en comprend vraiment la portée. Ces critères ont ensuite été augmentés par Appelbaum et Roth[309], qui ont exigé que l'état mental du malade soit évalué sur une certaine période pour déterminer la motivation sous-jacente au refus, le cas échéant.

L'étude de Weinstock, Copeland et Bagheri comportait 30 demandes de consultation qui traitaient de la question du refus de traitements médicaux[310]. Les psychiatres ont été appelés à évaluer la capacité des malades à donner un consentement éclairé. Les chercheurs ont élaboré leur propre méthode pour évaluer la capacité et elle comportait la détermination d'un seuil de capacité fondé sur les risques et les avantages particuliers des traitements médicaux. Sauf dans les cas de vie ou de mort, les malades étaient autorisés à prendre des décisions que les chercheurs auraient autrement qualifiées de mal avisées. Ils avaient également le droit de ne pas être d'accord avec le médecin s'ils pouvaient soupeser les risques et les avantages de leur décision. Dans les situations où une vie était en danger, il existait une présomption réfutable voulant qu'un malade capable accepterait le traitement. Cependant, si le malade refusait le traitement, il devait fournir une justification. Par ailleurs, si le traitement recommandé comportait des risques avec

---

[307] R.Weinstock, R. Copeland et A. Bagheri «Competency to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1985) 12 Bul. Acad. Psy. Law 117.

[308] L.R. Roth, A. Meisel et C.W. Lidz «Tests of Competency to Consent to Treatment».(1977) 134 Am. J. Psychiatry 279.

[309] P.S. Appelbaum et L.W. Roth «Clinical Issues in the Assessment of Competence» (1981) 128 Am. J. Psychiatry 1462.

[310] R. Weinstock, R. Copeland et A. Bagheri «Competency to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1985) 12 Bul. Acad. Psy. Law 117.

des avantages éventuels incertains, la présomption était réfutable dans l'autre sens - c'est-à-dire qu'un malade capable serait présumé refuser le traitement. Cependant, le malade qui fournissait de «bonnes raisons» avait la possibilité d'accepter même les traitements risqués et dont l'effet bénéfique était douteux.

Les critères du choix étaient fondés essentiellement sur les critères antérieurs de Roth qui exigeaient que le malade manifeste un choix basé sur des «motifs rationnels» et qu'il soit capable de comprendre les traitements qui lui étaient proposés[311]. Les auteurs ont prétendu qu'un malade qui échouait à l'un des tests, (y compris celui ajouté sur la capacité du malade à retenir cette compréhension)[312], devait être déclaré incapable. Seuls les malades souffrant de maladies organiques ont été trouvés incapables en vertu de ces critères. D'autres malades, y compris ceux qui étaient déprimés, qui souffraient de schizophrénie ou d'un trouble de la personnalité, ou même ceux ne souffrant d'aucun trouble psychiatrique, n'ont pas été considérés comme incapables. Malgré les différents critères utilisés, les malades qui ont été finalement jugés incapables par les chercheurs ont fait preuve d'une incapacité à comprendre les risques et les avantages et à retenir cette compréhension. Certains de ces malades qui souffraient de ces déficiences ont également été considérés comme incapables parce que leur choix ne semblait pas fondé sur des motifs «rationnels». Cependant, les chercheurs ont rapidement ajouté qu'aucun malade ayant fondé ses décisions sur des motifs «irrationnels» ne souffrait pas également de déficiences au niveau de la compréhension ou de la retenue de l'information. Des 30 malades évalués pour la capacité de donner un consentement éclairé, 10 furent jugés incapables.

Manifestement, une des plus grandes difficultés de cette étude est l'inclusion de termes hautement porteurs de valeurs, comme quand on parle de motifs «rationnels» ou quand on dit que le malade a «compris» les traitements particuliers ou qu'il a été capable de retenir la compréhension. Le concept de motifs «rationnels» est hautement porteur de valeurs, sinon totalement subjectif[313]. Ce qui semble rationnel dans une situation comportant un refus de traitement est le plus souvent déterminé par rapport à la perception du chercheur ou du médecin traitant

---

311 Voir F. Carnerie «Crisis and Informed Consent : Analysis of a Law-Medicine Malocclusion». (1987) 12 Am. J. L. & Med. 55.

312 R. Weinstock, R. Copeland et A. Bagheri «Competency to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1985) 12 Bul. Acad. Psy. Law 117.

313 L.R. Tancredi «Competency for Informed Consent : Conceptual Limits of Empirical Data». (1982) 5 Int. J. Law & Psychiatry 51, 53-54.

de ce qui est «rationnel». Il n'existe aucun critère précis pour évaluer l'état rationnel. En outre, le fait qu'une décision soit qualifiée de rationnelle ou non est souvent fondé sur la capacité verbale du malade. Ce qui signifie qu'un malade très scolarisé possède un vocabulaire étendu et peut souvent justifier en termes «rationnels» son choix particulier. Un malade souffrant de déficiences cognitives ou qui est moins scolarisé pourrait éprouver de la difficulté à formuler clairement les motifs de son refus de traitement, même si l'intensité de la conviction et de la volonté était aussi forte et aussi valable que dans le premier cas[314].

De la même façon, la notion de capacité de compréhension du malade est problématique parce que la compréhension n'est pas un processus bien clair pour tous. De l'avis de plusieurs, cela signifie simplement répéter les détails des avantages et des risques. Mais cette définition est peut-être très insuffisante comme base de compréhension, parce que le malade peut répéter de l'information et ne pas vraiment savoir ce qu'il dit, ou plus important encore, ne pas pouvoir relier l'information à sa propre situation.

Dans leur discussion, les auteurs présentent certains cas où des malades ont été trouvés capables et d'autres où ils ont été trouvés incapables[315]. Deux exemples étaient particulièrement intéressants. Le premier concernait un homme de 61 ans qui voulait quitter le service de médecine générale d'un hôpital[316]. Le malade était évalué pour un cancer possible du poumon et les médecins voulaient s'engager dans des procédures médicales additionnelles afin d'établir définitivement le diagnostic. Le malade montrait de la difficulté à comprendre l'information à propos de sa condition, mais il connaissait son nom et le lieu où il se trouvait. Il ne savait pas, cependant, pourquoi il se trouvait actuellement à l'hôpital et il indiquait qu'il voulait quitter l'hôpital parce que celui-ci ne lui apportait fondamentalement rien. Les chercheurs décidèrent qu'il souffrait de démence sénile et qu'il était incapable de mesurer les risques et les bénéfices du traitement parce qu'il ne pouvait pas comprendre ou retenir l'information qui lui était présentée. En conséquence, il fut jugé mentalement incapable de refuser le traitement.

---

[314] L.R. Tancredi «The Mental Status Examination». (1987) 11 Generations 14.

[315] R. Weinstock, R. Copeland et A. Bagheri «Competency to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1985) 12 Bul. Acad. Psy. Law 117.

[316] L.R. Tancredi «Ideology and Power: A Critique of Empirical Research in Law and Psychiatry». In B. Stanley, J. Sieber et G. Melton, *Psychology and Research Ethics* (Lincoln: University of Nebraska Press, sous presse).

Le deuxième cas décrivait une situation différente. Ce cas concernait un homme de 88 ans qui souffrait d'une multiplicité d'affections, dont la maladie de Parkinson, un ulcère de l'estomac, et une série d'accidents vasculaires cérébraux[317]. On trouva chez ce malade une grosse masse dans la région frontale du cerveau. Une consultation psychiatrique fut demandée par un interne en chirurgie avant l'opération qui était projetée pour enlever la tumeur frontale. L'interne en chirurgie était préoccupé par le fait que le malade n'était peut-être pas mentalement capable de consentir à l'opération. Le malade ne paraissait pas apprécier les risques de l'opération, ni démontrer une quelconque compréhension de sa condition. Néanmoins, il était orienté du point de vue de la personne et du lieu et comprenait même la situation dans laquelle il se trouvait actuellement. Il n'était pas, cependant, orienté du point de vue de la date. Le malade déclarait qu'il serait bien à la suite de l'opération, mais les chercheurs étaient apparemment en désaccord avec son opinion. Ils affirmèrent qu'il n'avait aucun élément permettant de soutenir son jugement optimiste. On diagnostiqua que le malade souffrait de démence légère, et les chercheurs estimèrent que celle-ci entravait considérablement son aptitude à consentir à la procédure. Mais, en fait, ce qui sous-tendait leur décision était le fait que l'opération visant à enlever le lobe frontal présentait un risque élevé. De plus, ses bénéfices étaient quelque peu discutables, particulièrement chez un individu d'un âge aussi avancé que ce malade. Appliquant un test précédent qui exigeait un niveau de capacité de seuil élevé dans les situations où le risque est élevé et les bénéfices quelque peu douteux, les auteurs conclurent qu'il était incapable.

Ces situations posent des problèmes intéressants. Dans le premier cas, on passe outre aux droits du malade concernant sa capacité à refuser le traitement. La procédure était un diagnostic ayant pour objectif de déterminer la présence d'un cancer du poumon. De plus, elle n'était pas classifiée comme étant à haut risque, ni comme ayant un bénéfice discutable. Les chercheurs, pourtant, assumèrent que ce malade était incapable et, à cause de cette détermination, lui dénièrent le droit de refuser la procédure et de quitter l'hôpital. La position idéologique du médecin semble s'inscrire clairement dans le modèle médical qui souligne les bénéfices du diagnostic médical et du traitement aux dépens des risques. De façon plus significative, la position idéologique met l'accent sur les bénéfices là où les risques ne sont pas suffisants pour déclencher le seuil-test de protection des malades, même quand ce seuil serait au-dessus et au-delà des préférences propres de

[317] R. Weinstock, R. Copeland et A. Bagheri «Competency to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1985) 12 Bul. Acad. Psy. Law 117.

l'individu. Le fait qu'un malade est incapable de retenir l'information ou de «mesurer» une notion hautement chargée en valeur ne signifie pas qu'il est mentalement incapable de prendre une décision. On devrait de toute façon accorder à un malade de 61 ans, avec une malignité potentielle du poumon, le bénéfice du doute en ce qui concerne son sentiment sur ses préférences personnelles. Dans cette situation, la préférence pourrait bien être d'éviter une procédure opérative sérieuse ou de quitter l'hôpital et d'être laissé tranquille. Lorsque de telles préférences sont exprimées par une personne qui a de la difficulté à s'exprimer, elles sont contrebalancées par et en faveur de l'exigence médicale et de ce qui est perçu comme approprié. Lorsque cela se produit, les notions idéologiques engendrent des déséquilibres de pouvoir entre les traitants et ceux qui reçoivent le traitement, elles façonnent le genre de questions posées par les chercheurs, et par ce moyen elles déterminent la résolution de ces questions.

Les médecins et chercheurs dans le deuxième cas adoptèrent le point de vue selon lequel le malade était incapable de consentir à l'opération chirurgicale. Les préférences de l'individu furent reléguées à des considérations de second ordre lorsque comparées avec les exigences médicales. La décision concernant le consentement éclairé, par exemple, consistait à évaluer l'opportunité médicale de la procédure, qui présentait de hauts risques concomitants et des bénéfices discutables pour un homme de 88 ans. Le fait que le malade avait plusieurs affections et avait une grosse masse frontale compliquait encore ceci. L'interne en chirurgie sembla utiliser la procédure de consentement éclairé comme un moyen d'arrêter la chaîne d'événements conduisant à l'opération. Du point de vue de la décision médicalement appropriée, il semblerait qu'étant donné les circonstances (l'âge, l'invalidité existante, et la présence d'une masse frontale), l'opération n'aurait pas due être effectuée. En fait, donc, ce qui paraissait vraiment être en jeu n'était pas de savoir si le malade avait la capacité mentale d'être en accord ou en désaccord avec l'opération, mais plutôt si cette procédure chirurgicale aurait jamais due être présentée comme une méthode appropriée pour traiter sa condition. Il y avait manifestement beaucoup d'ambivalence parmi les chirurgiens et les internes en chirurgie sur la question critique de la qualité des soins, de sorte que l'«incapacité» prétendue du malade à décider du problème fournissait une issue facile.

Une autre étude suscite des difficultés similaires de distinction entre les données valides et celles qui ont un biais idéologique. Cette étude consistait à évaluer l'aptitude des malades psychiatriques à consentir à une hospitalisation

psychiatrique[318]. En utilisant plusieurs définitions alternatives de la capacité, les chercheurs testèrent 50 malades psychiatriques peu après leur admission et trouvèrent que la plupart d'entre eux manifestaient de graves déficiences de la capacité. Quinze questions étaient posées aux malades, concernant des sujets tels que leur appréciation de la nature de leur condition, leur compréhension de la raison pour laquelle l'admission était recommandée, leur conscience de la nature de l'hospitalisation, leur aptitude à décider de coopérer ou non avec le plan de traitement, leur aptitude à se protéger eux-mêmes dans le contexte de l'hôpital, et leur conscience de leurs droits tels qu'exposés dans les grandes lignes dans les documents distribués au moment de l'admission. La considération d'une doctrine ou d'une idéologie erronée a été écartée par les chercheurs. Ceci est démontré par quelques-unes des questions posées aux malades.

- Pensez-vous avoir des problèmes psychiatriques?
- Pensez-vous avoir besoin d'une sorte quelconque de traitement pour vos problèmes?
- Pensez-vous avoir besoin d'être à l'hôpital pour recevoir ce traitement?
- Pourquoi pensez-vous que le docteur que vous avez vu a recommandé que vous veniez à l'hôpital?
- Que fera la médication pour vous pendant que vous serez à l'hôpital?

En discutant les résultats, les chercheurs attirèrent l'attention sur des données indiquant que la moitié des malades récemment admis ne pensaient pas qu'ils avaient besoin d'être hospitalisés pour un traitement. Bien plus, «[Traduction] seulement 46 pour cent pouvaient clairement reconnaître qu'ils avaient des problèmes psychiatriques»[319]. Ils conclurent que cela indiquait que ces malades «[Traduction] n'étaient pas engagés dans la manipulation rationnelle de l'information qui est un élément désirable de toute définition de la capacité»[320]. Cependant, la structure des questions menant à des réponses spécifiques conduisait inévitablement à la conclusion des chercheurs. Les questions excluaient une évaluation de l'erreur propre à la recherche elle-même. Une fois que les questions étaient esquissées, l'étude paraissait cohérente; mais le fondement idéologique des questions, pourtant crucialement important pour déterminer les questions, resta

[318] P.S. Appelbaum et L.H. Roth «Clinical Issues in the Assessment of Competency». (1981) 128 Am. J. Psychiatry 1462.

[319] Ibid., 1465-1467.

[320] Ibid., 1466-1467.

relativement caché[321].

Des réponses spécifiques aux questions illustrent leur fondement idéologique. Une réponse négative aux trois premières questions et une réponse oppositionnelle aux deux dernières --le fait d'attaquer le jugement du docteur et de nier le bénéfice de la médication-- ne font pas automatiquement office de preuve concluante que les malades ne pouvaient pas s'engager dans la «manipulation rationnelle de l'information», à moins que l'on ne soit convaincu idéologiquement au point de conclure qu'un seul éventail de réponses dans ces circonstances témoigne de la capacité. Si l'on adopte cette position, alors logiquement, d'après les chercheurs, seule l'option d'accepter volontairement le traitement recommandé serait donnée aux malades. Dans le cas où ils refuseraient, ils sont jugés incapables et leurs droits de refuser un traitement psychiatrique peuvent en conséquence être niés. L'étude ne prévoit aucune doctrine erronée parce qu'il n'y a aucune reconnaissance explicite du moment où une erreur survient à l'intérieur du cadre intellectuel des concepts abstraits qui sont examinés. Il n'y a pour l'essentiel pas d'autre alternative que de répondre aux questions de manière à accepter le traitement et par là à être jugé capable, ou de manière à le rejeter et par là à être jugé «incapable» de refuser -- une situation dans laquelle on perd à tout coup.

B. LIMITES DE VALIDITÉ DES ÉTUDES EMPIRIQUES - RÉSUMÉ

Un postulat fondamental de cette discussion est que tant la méthodologie que l'idéologie sous-jacente de la recherche doivent être examinées critiquement, particulièrement la mesure dans laquelle elles influencent le contenu, l'arrangement et l'interprétation des données. Cette discussion met aussi l'accent sur le fait que l'application de la méthodologie de la recherche en psychiatrie légale est problématique. Elle doit traiter de concepts larges et souvent mal définis tels que ceux d'autonomie et de capacité. En outre, les résultats de ce type d'études sont de plus en plus influents s'agissant d'informer les tribunaux et les législateurs et de modeler plusieurs politiques dans le domaine. Il est nécessaire d'être en mesure de reconnaître qu'une erreur méthodologique existe qui engendre des résultats inconsistants et qu'une idéologie qui exerce indirectement une influence à travers la production de données est «fausse» ou déforme la réalité à cause de quelque propriété épistémique ou des croyances sous-jacentes qui sont représentées. Les

[321] L.R. Tancredi et D.N. Weisstub «The Ideology of Epidemiological Discourse in Law and Psychiatry: Ethical Implications». In L.R. Tancredi (éd.), *Ethical Issues in Epidemiological Research* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1986).

déterminants cachés de ce qui passe pour des recherches objectives, qui génèrent ultimement des données qui peuvent influencer des lignes d'actions, doivent être découverts et exposés en même temps que l'on évalue la valeur des études.

Une vérité des plus fondamentales se rapportant à cette discussion est que la connaissance signifie généralement le pouvoir[322]. Les chercheurs qui influencent la manière dont la connaissance à propos d'une séquence d'événements est obtenue, et dont elle est présentée aux décideurs, ont un avantage majeur sur les autres, en particulier les malades et les non-malades affectés par des décisions juridiques. Les études empiriques augmentent le pouvoir de l'expert dans la société. Une étude épidémiologique peut faire pencher la balance du pouvoir dans une décision de justice en faveur du professionnel plutôt que des intérêts du malade. Les données scientifiques sont rarement neutres. Les jugements scientifiques peuvent être moins chargés en valeur que d'autres décisions dans la société -- comme les décisions politiques --, mais ils ne sont pas libres de valeurs. À cause de la valeur incroyable placée à l'époque actuelle sur les résultats empiriques, les décideurs accordent aux conclusions tirées de telles études un poids indu.

Peu de moyens sont disponibles pour ceux qui sont affectés, comme les malades, afin de rectifier le déséquilibre créé par des données scientifiques qui peuvent, dans quelque situation que ce soit, causer une injustice à des segments divers de la société. Des critiques idéologiques, qui sont préoccupées par l'essence même des valeurs d'une étude de sa conception à sa mise en oeuvre et à son interprétation, créeraient une balance plus favorable du pouvoir entre les chercheurs et les sujets de recherche, ou plus justement, les médecins et les malades dans le système de santé mentale[323]. Des critiques idéologiques aussi bien que méthodologiques dans le domaine de la psychiatrie légale accroîtraient l'autonomie des malades en diminuant le pouvoir créé par l'acceptation non critique des résultats et de l'interprétation des études de recherche.

C. CRITÈRES ET INSTRUMENTS POUR TESTER LA CAPACITÉ

Pour examiner la notion de test de la capacité décisionnelle, certains termes

[322] J. Habermas *Knowledge and Human Interests* (Boston: Beacon Press, 1968).

[323] L.R. Tancredi et D.N. Weisstub «The Ideology of Epidemiological Discourse in Law and Psychiatry: Ethical Implications». In L.R. Tancredi (éd.), *Ethical Issues in Epidemiological Research* (New Brunswick: Rutgers University Press, 1986).

demandent à être définis. Dans ce document, le terme test fera référence à la mise en oeuvre d'un ensemble de critères à travers l'application de certains instruments et procédures. Les deux composantes critiques de ce qui constitue un test sont donc les critères et les instruments.

Les critères font référence aux aptitudes et aux autres paramètres qui doivent être dénombrés relativement à chacune des formes de capacité décisionnelle en question. Par exemple, un critère important du consentement éclairé dans le contexte du traitement serait la «compréhension» par le malade de l'information fournie par le clinicien à propos des bénéfices, des risques, et des traitements alternatifs. Les instruments font référence aux outils bio-médicaux ou neuropsychologiques particuliers qui sont utilisés pour évaluer les aptitudes de l'individu relativement aux critères spécifiques. Par exemple, les instruments qui pourraient être utilisés pour évaluer si un individu satisfait ou non à l'exemple de critère donné ci-dessus comprennent une gamme de tests neuro-psychologiques sur la cognition : la WAIS, l'examen de l'état mental, l'échelle de mémoire de Wechsler, n'en sont que quelques-uns.

La distinction entre la spécification du critère et sa mise en oeuvre est une distinction importante dans ce contexte. Dans la mesure où il est raisonnable de prévoir que la nature évolutive de la recherche sur les instruments neuropsychologiques et biomédicaux aura pour résultat le développement de moyens améliorés d'évaluation des paramètres pertinents, ce rapport laissera la sélection de ces moyens au jugement de l'expert clinique responsable de l'évaluation. Les paragraphes qui suivent résument l'état actuel de la recherche concernant la spécification des critères et des instruments de test, et identifient quelques-unes des limites qui sont inhérentes à ceux-ci.

D. EXAMEN ET CRITIQUE DES CRITÈRES EXISTANTS

Le sujet de la capacité a émergé relativement récemment en tant que sous-thème important de la littérature sur la santé mentale, faisant l'objet d'un langage spécialisé. Le texte classique dans ce domaine, «Tests of Competency to Consent to Treatment», dont l'auteur principal est Loren Roth, a paru dans l'American Journal of Psychiatry en mars 1977[334]. Dans cet article, les contours de base de la détermination de la capacité mentale étaient esquissés, et plusieurs catégories

[334] L.H. Roth, A. Meisel et C.W. Lidz «Tests of Competency to Consent to Treatment». (1977) 134 American Journal of Psychiatry 279.

étaient mises en place, qui ont fondamentalement dominé les écrits sur le sujet depuis lors. L'une des dernières publications d'importance, «Assessing Patients' Capacities to Consent to Treatment», par Appelbaum et Grisso[325], ne marque aucun progrès significatif par rapport aux catégories antérieures. Formulé de façon classique, le langage de la capacité était divisé entre le simple fait de la prise de décision, appelé «manifester un choix», un exposé en détail du facteur de compréhension, divisé entre la capacité et la compréhension effective, et des références à une évaluation des conséquences basée sur une norme de ce qui est raisonnable et sur une appréciation de la rationalité du processus de prise de décision.

Une étude critique des catégories précitées révèle aisément que le phénomène de communiquer un choix, sans autre détail, constitue un seuil peu élevé, qui est soit dépourvu de sens sans examen plus approfondi, soit, exprimé autrement, trivial. Une fois que la capacité a été élevée au rang de problème, les vraies questions sont liées à la compréhension et au jugement. En ce qui concerne la compréhension, on devrait voir que la distinction entre capacité à comprendre et compréhension effective ne relève guère que du découpage logique, si l'on accepte le fait qu'aucun décideur sur la question de la capacité ne considérera la capacité isolément du contexte fonctionnel présent, c'est-à-dire qu'il se demandera si le malade ayant vécu une opération d'information peut ou non effectuer le lien nécessaire avec sa propre situation, afin de s'assurer que la personne est vraiment capable dans les circonstances. Suggérer que l'on doit effectuer une distinction entre la capacité comme question d'aptitude et la compréhension effective en tant que **le** problème du consentement éclairé revient à insister sur une distinction qui, bien que logiquement correcte, en ce sens que la capacité est une pré-condition du consentement éclairé, échoue d'autre part à prendre en compte le fait que sans une évaluation de l'information appliquée à la situation, l'évaluation de la capacité de la personne devient en même temps abstraite et trivialisée. Il est difficile de comprendre comment la compréhension de l'information peut être séparée du processus consistant à réagir à et à utiliser l'information rationnellement. Comme un auteur le dit justement[326] :

> [Traduction]
> En ce qui concerne l'information et sa relation avec la capacité, je suggère un renversement des rôles traditionnels. Traditionnellement, on pensait que l'établissement de la capacité était un problème

[325] (1988) 319:25 New England Journal of Medicine 1635.

[326] B. Freedman «Competence, Marginal and Otherwise: Concepts and Ethics». (1981) 4 International Journal of Law and Psychiatry, 53 à 65.

qui demandait à être décidé avant la transmission de l'information. Au contraire, je crois que l'information est antérieure à la capacité, en ce qu'une décision capable comprend, tout en s'étendant au-delà, l'exigence que la personne impliquée soit en mesure de permettre au processus informant d'entrer dans sa prise de décision d'une manière substantielle. Elle doit être capable d'utiliser l'information fournie lorsqu'elle formule ses raisons.

Bien que des auteurs continuent de soutenir que la capacité, et les critères de celle-ci, doivent être distingués des normes ou des tests du consentement éclairé, il est vraiment difficile de donner un sens quelconque à la notion de capacité sans relier la rationalité ou une variation de celle-ci à un critère de compréhension. En disant cela, il se pourrait bien que d'un point de vue fonctionnel et théorique le mieux que l'on puisse accomplir soit de répondre à la question du consentement en touchant à l'«analyse de l'information» à travers une détermination de la capacité. Si le problème de la capacité est traité pertinemment, il devrait y avoir une voie claire permettant de répondre à la question du consentement éclairé de façon conclusive une fois que certains critères juridiques sont remplis, s'agissant par exemple du caractère volontaire de la décision et de la quantité spécifique d'information qui est requise légalement par la loi appliquée à l'intervention médicale en question. Du point de vue de la rationalité, la capacité devrait être exigée comme l'élément-clé du processus d'échange d'information entre un traitant et le malade menant à la prise de décision.

Une grande partie de la littérature conceptuelle sur la capacité navigue entre le langage de la compréhension et celui de l'appréciation. L'appréciation fait référence à l'exigence conceptuelle additionnelle de s'occuper des conséquences. Dans le pire des cas, l'appréciation peut représenter une tyrannie des experts telle que la manière dont un malade considère les conséquences d'une décision particulière sera mesurée avec le meilleur critère de jugement cohérent compatible avec la pratique professionnelle orthodoxe. Ceci reviendrait en fait à bafouer l'autonomie du malade et les valeurs que nous défendons dans notre système juridique actuel, étant donné notre respect de la personne. L'appréciation, par conséquent, a été éloignée d'une analyse raisonnable des conséquences. Bien que toujours liée dans une certaine mesure à une appréciation des conséquences, au moins dans l'analyse la plus récente d'Appelbaum, on cherche à dire que le caractère raisonnable de la décision sera séparé de l'appréciation des conséquences probables. «[Traduction] Tester l'aptitude des malades à apprécier une situation requiert de mettre à jour leurs conceptions de leur maladie, de leur besoin de traitement, des conséquences probables, et des motifs de ceux qui sont impliqués». Dans la même partie, intitulée «Appreciating the Situation and Its Consequences», Appelbaum affirme que «[Traduction] l'évaluation réaliste de ces facteurs par un malade devrait être distinguée du caractère raisonnable des décisions qu'effectue

le malade»[327]. Cette notion suggère une distinction entre réalisme et caractère raisonnable, ce qui peut-on présumer met un terme à la concentration sur une description correcte de la réalité entre traitant et malade. Hélas, on peut assumer que dans plusieurs cas le débat à propos de ce qu'est la réalité est intimement lié au caractère raisonnable ou non de la décision. Effectuer la distinction comme le fait Appelbaum ne résout pas le problème, à moins que nous ne voulions limiter la question de l'appréciation à des exemples d'hallucinations ou de délires. Il y a beaucoup de situations se rattachant à la question du jugement qui nous forcent à estimer les connecteurs subtils qui existent entre les affirmations sur la réalité et le caractère raisonnable ou déraisonnable perçu d'un malade contestataire.

Le point capital de la question du jugement revient à se demander ce que signifie évaluer la capacité des personnes à raisonner dans leurs décisions, y compris celles qui sont liées au traitement. On peut parler de la rationalité en termes de logique, d'aptitude à traiter l'information, à donner des raisons identifiables, ou à montrer dans sa vie un modèle présomptif de conduite organisée ou sensée. Pour bien pénétrer la notion de capacité ou de capacité décisionnelle, il s'agit donc de découvrir quels sont les arguments justifiés d'ordre médical, juridique ou philosophique à propos de la rationalité. L'endroit où l'on place la limite se reflètera dans la manière dont on perçoit les justifications pour établir la limite à un certain endroit plutôt qu'à un autre, et cela nous apprend beaucoup sur les univers qui entourent les discours de professions comme le droit ou la médecine et sur les valeurs philosophiques, qui oscillent entre le paternalisme et l'autonomie.

Il est intéressant de remarquer que dans le dernier article d'Appelbaum, qui propose un commentaire élaboré et une révision de l'esquisse originale de Roth, il demeure une ambiguïté quant à ce qui constitue un seuil justifié de la cohérence des malades. Appelbaum déclare[328] :

> [Traduction]
> C'est le processus qui est en cause ici. ... La manipulation rationnelle fait intervenir l'aptitude à formuler des conclusions qui sont logiquement cohérentes par rapport aux prémisses de départ, ce qui impose à la fois d'équilibrer les risques et les avantages d'une option unique et habituellement un processus plus complexe de pondération de multiples options simultanément, d'une manière qui reflète les coefficients de pondération attribués auparavant.

Appelbaum poursuit en disant que lors de l'examen de la chaîne de raisonnement du malade, on peut observer que «les résultats devraient en général

---

[327] (1988) 319:25 New England Journal of Medicine 1635 à 1636.

[328] Ibid.

refléter la pondération de ces facteurs»[329]. Avons-nous affaire à un processus scientifique d'enquête neutre, séparé logiquement et fonctionnellement d'une analyse des conséquences? Avons-nous une notion précise de ce qui est sous-entendu dans toute appréciation bienveillante du caractère raisonnable? Pouvons-nous clairement distinguer la manipulation rationnelle de l'information de l'appréciation d'une situation et de ses conséquences? À notre avis, la réponse est à chaque fois négative. En fait, après une définition élaborée des catégories, il demeure un ensemble inéluctable de zones grises à propos de l'intégrité analytique des catégories qui sont utilisées pour évaluer la capacité et qui, apparemment, visaient à résoudre le problème embarrassant de la distinction entre l'analyse des conséquences et le processus de décision. Ce problème central n'a pas été réglé, et de même les critères de la rationalité n'ont jamais été clairement défendus dans les différents articles écrits par Appelbaum. En fait, Appelbaum répond à côté dans sa sélection des critères logiques de la prise de décision rationnelle, en renvoyant dans sa dernière phrase à l'article de Benjamin Freedman intitulé «Competence, Marginal and Otherwise: Concepts and Ethics»[330]. Appelbaum a écrit : «[Traduction] il a été suggéré que demander aux malades de produire des 'raisons identifiables' de leurs choix pouvait être un complément acceptable à une analyse plus détaillée»[331].

Bien que nous puissions présumer qu'Appelbaum défendrait cette ambiguïté alléguée entre le processus consistant à donner des raisons logiques et celui consistant à accepter des raisons identifiables comme un processus souple que le médecin pourrait employer en faveur de ses malades, en fait l'article de Freedman représentait implicitement une attaque des formes de pouvoir discrétionnaire du médecin ou d'autres experts. Comme Freedman a pu le commenter sur la question des motifs rationnels[332] :

> [Traduction]
> Il faut cependant reconnaître que ce critère peut recouvrir un potentiel considérable d'abus. Les gens, même s'ils sont capables de décider, ne sont pas toujours préparés à donner les motifs de leurs choix. On doit aussi se souvenir que la rationalité peut se manifester dans la manière dont une personne organise sa vie, et non pas seulement dans les justifications verbales qu'elle donne de sa conduite.

---

329 Ibid.

330 Voir référence précitée.

331 (1988) 319:25 New England Journal of Medicine 1635 à 1636.

332 (1981) 4 International Journal of Law and Psychiatry 53 à 65.

Presqu'en même temps que les critiques de Freedman, Loren Roth a publié en 1982 un article intitulé «Competency to Consent to or Refuse Treatment» dans lequel elle déclarait[333] :

> [Traduction]
>
> Freedman a récemment formulé ce qu'il considère comme l'approche la plus dénuée de présupposés de valeur pour évaluer la capacité du malade : le motif de consentement ou de refus de consentement du malade doit être identifiable s'il n'est pas rationnel pour qu'on puisse conclure à la capacité du malade (Freedman, sous presse). En dépit du caractère souhaitable d'une norme apparemment aussi neutre, il demeure un doute considérable quant à la manière dont on pourrait mettre en oeuvre cette approche de la capacité.

Apparemment, Roth estimait que la norme du caractère reconnaissable qu'avait élaboré Freedman, avec toute sa souplesse et son empirisme, constituait un défi pour l'univers plein de jugements de valeurs de l'idéologie médicale, univers qui, s'il n'est pas représenté par Roth comme le lieu d'une science dénuée de préjugés, était du moins protégé en tant que point central du jugement professionnel, grâce auquel on pouvait légitimement appliquer un modèle médical à la rationalité sans l'aide du philosophe. Cette opposition entre une compréhension courante du raisonnement pratique et la détermination médicale de ce qui constitue un discours rationnel se trouve au coeur de nos discussions sur la capacité et sur la manière dont on devrait procéder pour justifier nos décisions à cet égard. L'article de 1988 d'Appelbaum ne traite pas du point de tension qui est mis en évidence ici en ce qui concerne les jugements médicaux à propos des jugements. Si les critères de la capacité sont comme à la fois Roth et Appelbaum les présentent, à savoir une question d'ordre juridique et non pas médicale, nous devons en fin de compte déterminer les différences entre les critères médicaux et les critères juridiques et entre les processus médicaux et les processus juridiques d'évaluation. En réalité, nous devons établir la mesure dans laquelle le processus d'évaluation contribue à clarifier ou au contraire à obscurcir des critères comme l'appréciation, l'analyse des résultats, et l'aptitude à traiter l'information de façon rationnelle.

[333] L.H. Roth «*Competency to Consent to or Refuse Treatment*» (1982) Partie IV Psychiatry 1982 : 350 à 355.

E. EXAMEN ET CRITIQUE DES INSTRUMENTS DE TESTS

1. Les diagnostics et le problème de la certitude

Avant d'étudier les plus importantes technologies biomédicales et les instruments les plus courants de la neuropsychologie, certains concepts se rapportant au rôle des technologies de diagnostic en général feront l'objet de notre débat. Les technologies de diagnostic sont évaluées d'après leur objectif médical et la manière dont leurs conclusions se rapportent à ce qui se passe effectivement chez le malade ou le client. Cochrane[334] fait remarquer que les cliniciens prétendent souvent que la valeur des tests de diagnostic dépend de leur aptitude à mettre en évidence des anormalités et de la hauteur de leur corrélation avec les observations faites suite à l'examen pathologique des tissus du corps au moment d'une opération ou peu après, par exemple au moment de l'autopsie. Cochrane prétend que le bien-être du malade comme justification des processus de diagnostic est accessoire à ces objectifs plus «scientifiques», mais cette affirmation des défenseurs des tests diagnostiques soulève des questions graves sur ce que les procédures de diagnostic font effectivement et avec quelle efficacité[335]. Comme ces procédures servent le plus souvent dans le cadre de soins médicaux, les ouvrages portant sur l'utilité statistique des méthodes de diagnostic ont surtout un contenu médical. Cependant, les questions soulevées sont pertinentes pour la plupart des tests utilisés afin de différencier les personnes dans des contextes très différents comme l'école, le milieu de travail, les tribunaux, etc. En médecine, les résultats de nombreux tests ne montrent pas nécessairement de corrélation de degré très élevé avec les constatations qui ressortent des examens pathologiques. Dans une étude récente, les chercheurs qui examinaient un hôpital universitaire ont découvert que 10 pour cent des autopsies faisaient ressortir la présence d'une maladie importante qui n'avait pas été détectée sur le plan clinique et qui aurait pu être traitée, tandis que 12 pour cent établissaient des diagnostics majeurs sur le plan clinique qui n'avaient pas été documentés auparavant et pour lesquels un traitement précoce aurait probablement apporté peu ou pas du tout de différence pour le malade[336]. Une étude subséquente des autopsies et des certificats de décès a

---

[334] Voir A.L. Cochrane *Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services* (London: The Nuffield Provincial Hospital Trust à 35, 1971).

[335] Voir S.J. Adelstein «*Pitfalls and Biases in Evaluating Diagnostic Technologies*». Dans B.J. McNeil et E.G.Cravalho (éd.), Critical Issues in Medical Technology (Boston : Auburn House à 67, 1982).

[336] Voir J. Goldman, R. Sayson, S. Robbins, L.H. Cohn, et coll. «*The Value of the Autopsy in Three Medical Eras*». (1983) 308 New England Journal of Medicine 1000.

montré que les troubles de la circulation, de la respiration, et beaucoup de maladies mal définies font fréquemment l'objet de surdiagnostics, et que d'autres maladies comme les troubles gastro-intestinaux et les événements traumatisants sont souvent mal diagnostiquées dans les certificats de décès. Ces inexactitudes sont attribuables en partie au fait que l'on se fie à des procédures de diagnostic et elles montrent que ces procédures peuvent produire des résultats inexacts beaucoup plus fréquemment que l'on ne le soupçonne[337].

La technologie du diagnostic pour détecter toute anormalité est d'autant plus complexe que les présupposés scientifiques qui l'accompagnent ne sont pas dénués de jugements de valeur. Ces jugements de valeur affectent l'interprétation des signaux de diagnostic. Une série de questions devrait révéler cette relation. Tout d'abord, le test de diagnostic accomplit-il ce qu'il prétend faire? Par exemple, s'il s'agit d'une technologie de l'image, celle-ci prend-elle vraiment une image d'une structure du corps et permet-elle de distinguer l'image d'images identiques afin de déterminer ce qui est «anormal» et ce qui est «normal»? Il faut pour cela que la technologie reflète de façon précise soit la structure, soit les différences fonctionnelles qui sont censées exister dans le tissu du corps ou le cerveau examiné. En deuxième lieu, le test produit-il un indicateur cohérent et facilement détectable de l'état supposé responsable de l'incapacité (un ensemble de signes, de symptômes, etc.,) que l'on prétend qu'il identifie? Le test est-il cohérent et régulier dans sa production d'images, que ce soit du point de vue structurel ou fonctionnel, de sorte que l'indicateur ou le marqueur d'anormalité soit en relation avec la maladie? L'image peut être cohérente, en ce qu'elle révèle une anormalité dans la structure ou la fonction de la section du corps qui est examinée, mais ces anormalités peuvent ne pas être toujours en corrélation avec des signes ou des symptômes physiques comme «l'incapacité» chez tous les individus. Ce manque de corrélation est particulièrement important si une technologie de diagnostic particulière doit servir au dépistage lorsque la séquence est renversée, c'est-à-dire lorsqu'on vise tout d'abord à détecter les anormalités des images dans une vaste population et, après coup, à déduire de ces observations les niveaux statistiques de la maladie. La cohérence impose que le marqueur d'anormalité corresponde à l'expérience subjective des personnes qui souffrent d'une maladie. Par conséquent, la valeur profonde de la cohérence réside dans le fait que la présence d'une anormalité constatée d'après la technologie de l'image se rapporte directement à une anormalité dans l'état de la personne que l'on examine.

[337] Voir T. Kircher, J. Nelson et H. Burdo «*The Autopsy as a Measure of Accuracy of the Death Certificate*» (1985) 313 New England Journal of Medicine 1263.

La troisième question mettant en jeu les valeurs consiste à se demander si la technologie de diagnostic étend effectivement la portée de ce qui a été conçu à l'origine comme la maladie qui affecte la capacité du sujet examiné. Les résultats des tests de diagnostic peuvent indiquer la présence d'une maladie même si dans certains cas il peut ne pas y avoir de preuves symptomatiques à l'appui de cette conclusion. Cette question est semblable à la deuxième question discutée ci-dessus, sauf qu'il s'agit ici de l'importance attribuée au marqueur lorsque l'on traite de critères vagues, comme dans le cas de maladies qui sont de nature comportementale ou psychologique. De plus en plus, les images du cerveau sont associées à des changements pathologiques du tissu nerveux et à des manifestations comportementales.

Le lien entre l'indicateur, c'est-à dire l'image, et la manifestation extérieure du comportement peut faire intervenir l'un des facteurs suivants. Tout d'abord, dans certains cas, il peut ne pas sembler y avoir de corrélation entre le marqueur et ce qu'il est censé indiquer. Deuxièmement, ce qui est encore plus problématique, la conduite de la personne qui montre des résultats anormaux peut être interprétée pour confirmer l'indicateur, lorsqu'en fait il peut y avoir peu de raisons de faire cette interprétation. Il peut être tentant de considérer la technologie de diagnostic comme un moyen de découverte de la vérité objective si l'on oublie que le marqueur est en fait le produit d'une détermination statistique de ce qui est anormal. Il est facile de perdre de vue les variations entre les personnes examinées pour la capacité et de prendre les résultats comme des preuves incontestées de l'existence d'une maladie ou de signes précurseurs d'une affection grave. Le problème est particulièrement gênant lorsque des troubles de nature comportementale ou psychologique tels qu'une incapacité font l'objet d'un diagnostic et qu'il n'y a pas de manifestations physiques permettant de fournir une base objective à la maladie. Dans ce cas là, la caractérisation par la technologie de diagnostic suppose une «objectivité» similaire à celle d'une manifestation physique, et alors la présence ou l'absence de changements de comportement n'a plus de conséquences sur le diagnostic.

Les technologies de diagnostic servent essentiellement à déterminer la signification d'une manifestation physique ou psycho-comportementale et, du fait de l'«objectivité» biologique, elles prennent un poids important dans la détermination de ce qui est normal et de ce qui ne l'est pas. Lorsqu'il s'agit de différencier entre le normal et l'anormal à propos de problèmes psychologiques ou comportementaux, même avec un test apparemment objectif comme l'électroencéphalogramme, qui mesure les ondes du cerveau, les distinctions sont beaucoup moins nettes. Une personne peut manifester ce que l'on considérerait

comme des modes de conduite anormaux et montrer des changements minimes à l'électroencéphalogramme[338]. Certains travaux anciens faits par Rothschild et Sharpe ont cherché à établir une corrélation entre la quantité de tissu cérébral endommagée et le degré d'aberration comportementale, et ils ont conclu qu'il ne semblait pas y avoir de corrélation importante entre les deux[339]. Certains malades qui souffraient de troubles comportementaux graves n'ont cependant révélé que des changements d'ordre organique minimes lors de l'examen physique du cerveau. En revanche, des altérations massives du cerveau ont quelquefois été constatées chez des malades dont les troubles comportementaux étaient légers ou inexistants. Même dans le cas de tests de diagnostic censément «durs» comme les rayons-X, certains ont prétendu que le caractère efficace des rayons-X comme outil de diagnostic pour une vaste gamme de pathologies était pauvre lorsqu'on le rapprochait de l'efficacité des biopsies[340].

L'importance d'examiner la validité des tests de diagnostic ne peut pas être surestimée. Les résultats des tests prennent une importance très grande dans la prise de décision institutionnelle, du fait que ces tests sont présentés comme étant objectifs. Plus la technologie utilisée pour les diagnostics est complexe, et plus elle pénètre dans le système des soins de santé et dans d'autres contextes avec une réputation d'exactitude et d'infaillibilité. Rien que ceci rend essentielle une évaluation de ces technologies, centrée sur la mesure de leur efficacité à accomplir ce qu'elles prétendent accomplir. Afin d'évaluer ces technologies, il est nécessaire de mettre en évidence plusieurs concepts surtout liés à l'exactitude et à la précision[341]. Le premier est celui d'«efficacité», qui renvoie à la mesure dans laquelle une technologie médicale est bénéfique pour une population déterminée lorsqu'elle est appliquée à un problème médical (c'est-à-dire la détermination de capacité) dans les conditions les plus idéales. Un exemple est l'utilisation de la tomographie par émission de positrons (TEP) pour diagnostiquer l'épilepsie, les crises cardiaques et les tumeurs dans un centre aussi perfectionné que le

---

338 Voir L.N. Robins «*Epidemiology: Reflections on Testing the Validity of Psychiatric Interviews*». (1985) 42 Archives of General Psychiatry 918.

339 Voir D. Rothschild «*Senile Psychosis and Psychosis with Arterial Sclerosis*». Dans O.J. Kaplan (éd.), Medical Disorders in Later Life (Stanford: Stanford University Press, 1956).

340 Voir L.N. Robins «*Epidemiology: Reflections on Testing the Validity of Psychiatric Interviews*». (1985) 42 Archives of General Psychiatry 918.

341 Voir H.D. Banta et J.R. Sanes «*Assessing the Social Impacts of Medical Technologies*». (1978) 3 J. Com Health 245.

Brookhaven National Laboratories[342]. Par contraste, l'«effectivité» de cette technologie renvoie à la mesure dans laquelle elle accomplit ce qu'elle prétend accomplir lorsqu'elle est utilisée dans le monde réel, à savoir dans la communauté. De nombreux facteurs, comme la compétence de ceux qui utilisent effectivement la technologie et de ceux qui sont engagés dans l'interprétation des résultats, influencent l'exactitude et l'effectivité d'une technologie dans la pratique.

Pour établir l'efficacité ou l'effectivité, il est important d'évaluer l'exactitude du test lorsqu'il est employé sur une vaste population[343]. Lorsque cela est fait, des concepts comme ceux de «sensibilité» et de «spécificité» deviennent particulièrement importants. La sensibilité d'un test signifie son aptitude à séparer l'anormal du normal. Sa spécificité renvoie à son aptitude à mettre en évidence des maladies particulières. Dans l'évaluation tant de la sensibilité que de la spécificité, il faut établir quels sont les taux de vrais positifs et de vrais négatifs des tests de diagnostic. On entend par vrai positif la probabilité que le test soit positif en présence de la pathologie détectée. Le vrai négatif correspond à la probabilité qu'en l'absence d'une pathologie particulière le test soit négatif. Par opposition à ces termes, on trouve des concepts comme ceux de faux positif, lorsque le test identifie un problème particulier qui n'existe pas, et de faux négatif, lorsque le test échoue à identifier une maladie qui en fait existe bien.

Dans le contexte d'un programme de dépistage, il est souvent plus important que le dispositif de dépistage donne un faible taux de faux négatifs plutôt qu'un faible taux de faux positifs[344]. Si le dispositif de dépistage met en évidence une maladie qui n'existe pas, d'autres tests de diagnostic qui seront utilisés plus tard permettront relativement facilement d'éliminer les déterminations qui sont des faux positifs. Mais dans le cas des faux négatifs, où le test ne met pas en évidence une maladie qui est en fait présente, l'individu peut perdre ses chances de réadaptation à un moment critique dans l'évolution du processus de sa maladie qui le conduit à l'incapacité. Par exemple, un malade qui présente très tôt des problèmes de métabolisme non détectés peut avoir des changements importants d'état mental

---

342 Voir N.D. Volkow et L.R. Tancredi «*Positron Emission Tomography: A Technology Assessment*» (1986) 2 International Journal of Technology Assessment and Health Care 577.

343 Voir P.L. Sackett et M. Gent «*Controversy in Counting and Attributing Events in Clinical Trials*» (1979) 301 New England Journal of Medicine 1410 et H.S. Sacks, J. Berrier, D. Reitman, V.A. Ancona-Berk, et T.C. Chalmers «*Meta-Analysis of Randomized Controlled Trials*» (1987) 316 New England Journal of Medicine 450 pour une discussion des problèmes rencontrés lors des évaluations.

344 Voir D. Nelkin et L.R. Tancredi *Dangerous Diagnostics: the Social Power of Biological Information* (New York: Basic Books, 1989).

avant que l'on ne fasse un diagnostic adéquat. D'un autre côté, d'un point de vue social, toutes ces technologies ont des usages à la fois médicaux et sociaux[345]. Les faux positifs peuvent créer de sérieux problèmes. Par exemple, prenons une technologie qui peut être utilisée dans le système scolaire, tel qu'un test de diagnostic qui cherche à révéler une incapacité relative pour les décisions quotidiennes. Les faux positifs peuvent éprouver de la détresse du fait qu'ils ont été à tort étiquetés comme incapables, et il se peut qu'il faille beaucoup de temps avant que l'erreur ne soit découverte.

2. Technologies biomédicales

La discussion qui suit portera sur la base biomédicale du diagnostic ainsi que sur les nouvelles technologies de diagnostic visant à évaluer le comportement[346]. Bon nombre de ces techniques en sont encore au stade expérimental, mais elles permettent de mettre en évidence les problèmes conceptuels de l'exactitude scientifique dans la détermination de la capacité dans différentes circonstances. La présente étude est pertinente pour la détermination de la capacité dans la mesure où celle-ci repose sur des évaluations médicales et psychologiques. Or ces évaluations sont semblables au processus de diagnostic des pathologies physiques. Elles se fient à certaines techniques pour mettre en évidence l'anormalité. Bon nombre des méthodes utilisées dans le diagnostic de problèmes psychiatriques s'appliquent à la question de la capacité. Par conséquent, la présente discussion portera sur le processus de diagnostic, ses forces et ses faiblesses, la validité de l'interprétation des résultats de tests, et finalement les nouvelles technologies et leur utilité scientifique à l'appui d'évaluations cliniques de la capacité.

Les tests ont depuis toujours été utilisés comme moyen de contrôle, d'exclusion et de manipulation ou, plus explicitement, comme un moyen d'accroître son pouvoir dans certaines institutions sociales. La détermination de la capacité repose sur des tests cliniques et psychologiques imprécis. En conséquence, ils doivent être utilisés avec beaucoup de prudence lorsque l'on prétend restreindre les droits de la personne. Ces déterminations ont maintenant pénétré tous les aspects de la vie. De nombreux analystes sociaux ont traité de ce problème au cours des vingt dernières années et exprimé leur inquiétude, en particulier à propos

---

[345] Voir D.N. Eddy «*Pitfalls and Biases in Evaluating Screening Technologies*». Dans B.J. McNeil et E.G. Cravalho (éd.), Critical Issues in Medical Technology (Boston: Auburn House à 53, 1982).

[346] Nous voudrions souligner la contribution de la récente publication de D. Nelkin et L. Tancredi, *Dangerous Diagnostics: The Social Power of Biological Information* (New York: Basic Books, 1989) à la présente discussion.

des répercussions des tests en matière de capacité sur une vaste gamme de décisions sociales dans différents contextes.

Depuis le milieu des années 1960, les études ont surtout porté sur l'internement des malades dans les établissements psychiatriques et la présomption concomitante d'incapacité de ceux-ci. La fusion de l'internement involontaire et de la capacité accroît de façon très claire le pouvoir qui revient aux psychiatres dans les soins de santé mentale. Partout aux États-Unis et au Canada, la législation a été révisée vers la fin des années 1960 et au cours des années 1970 pour refléter une conscience plus vive que les deux notions, à savoir la justification de l'internement et l'incapacité, ne coïncidaient pas nécessairement. Leurs objectifs diffèrent à de nombreux égards, suffisamment pour que des critères juridiques différents aient été élaborés pour déterminer à quel moment les malades devraient être hospitalisés et à quel moment on devrait les considérer comme incapables.

Les technologies pour des fins de diagnostic se sont développées à une allure extrêmement rapide depuis les années 1960. Il existe à l'heure actuelle des technologies pour toute la gamme de la biophysiologie humaine, depuis les changements subtils dans les réactions enzymatiques jusqu'aux mécanismes biomédicaux complexes qui ne peuvent être détectés que grâce à des technologies d'images complexes. Avec l'évolution des technologies de biodiagnostic, deux thèmes semblent avoir dominé. Tout d'abord, au cours des dernières décennies, les technologies de diagnostic ont percé le cadre extérieur du corps pour porter sur des fonctions physiologiques internes beaucoup plus profondes. Deuxièmement, la croyance en l'exactitude et la précision accrues, associées au plus grand raffinement des instruments qui permettent le processus de diagnostic de base, et en les avantages de technologies qui sont radicalement différentes de leurs précurseurs est forte.

Le développement des rayons-X au cours de la première partie du 20e siècle a commencé non seulement à déplacer le centre d'attention des instruments de diagnostic pour aller vers une visualisation plus directe des structures internes, mais il a aussi facilité l'application de la physique, de l'électronique, de la radiation et des appareils mécaniques complexes afin d'établir plus exactement ce qui se produit effectivement à l'intérieur du corps. Au cours des dernières années, les technologies d'image se sont multipliées pour inclure des technologies sophistiquées comme la tomographie assistée par ordinateur (CT Scan), l'électroencéphalogramme informatisé, les interféromètres quantiques superconducteurs (SQUIDS), la cartographie de l'activité électrique cérébrale, la tomographie par émission de positrons (TEP), la tomographie d'émission monophotonique et l'imagerie par

résonance magnétique (IRM) pour ne nommer que les plus importantes. Ces nouvelles technologies permettent non seulement la visualisation des structures internes du corps mais, en particulier avec la TEP, elles permettent aussi de comprendre les capacités des organes internes et les différences fonctionnelles existant entre eux, en particulier pour le cerveau.

En même temps que ces développements, on a aussi pu assister à un mouvement pour mieux comprendre les différences cellulaires internes plus profondes entre les individus grâce aux tests génétiques. Ces tests évaluent le substrat biologique de base, les gènes, à partir desquels les caractéristiques physiques, émotionnelles et psychologiques se dessinent. L'évaluation génétique est, à certains égards, le plus interne des processus de diagnostic, parce qu'elle permet d'atteindre les structures subcellulaires qui déterminent dans une large mesure le potentiel d'un organisme particulier à résister relativement bien aux maladies au cours de la durée de sa vie. À certains égards, les tests et l'évaluation génétiques insistent plus sur la prédiction que les technologies d'images, bien que tous ces processus de diagnostic contiennent des capacités de prédiction tout autant que l'aptitude à déterminer à un certain moment du temps la nature du corps en tant qu'entité biophysiologique.

À certains égards, le déplacement de l'attention des signes et des symptômes extérieurs de la maladie vers une détection plus directe des fonctions internes a été accompagné d'une plus grande exactitude, du fait que le processus d'interprétation dans ce cas se fonde moins sur l'inférence à partir d'une manifestation externe et beaucoup plus sur la détection directe de ce qui peut se produire à l'intérieur. Cette tentative de s'éloigner le plus possible de tout diagnostic inférentiel, c'est-à-dire de la détection de marqueurs qui sont liés de manière secondaire ou distante à la maladie sous-jacente, pour aller vers une évaluation plus directe des organes anormaux ou des structures génétiques endommagées et par conséquent associées à des maladies graves, représente la principale lutte ou tension qui est survenue dans l'histoire des technologies de diagnostic. Cependant, si l'on pousse l'examen, même l'évaluation directe du matériel génétique, à travers la technologie complexe de l'ADN, ne fournit pas toujours un niveau acceptable d'exactitude pour établir la présence d'un désordre génétique. D'autres facteurs, qui ne sont pas élucidés par la détection d'un marqueur unique, peuvent gêner la transmission de certaines caractéristiques, et ainsi diminuer le degré de précision dans la détection des maladies étudiées.

Les effets des nouvelles technologies sur l'exactitude du diagnostic sont particulièrement pertinents pour leur applicabilité à la détermination de la capacité.

Il existe une croyance implicite selon laquelle ces techniques raffinées ont augmenté le caractère certain de la détection des conditions anormales. Cette croyance provient malheureusement d'une valorisation de principe de ce qui est scientifique, et cela empêche très souvent un examen critique des objectifs ostensiblement accomplis par des technologies secondaires. Certains sous-problèmes deviennent particulièrement pertinents en ce qui concerne l'application de technologies à la détermination de la capacité. Parmi les plus importants de ceux-ci, citons : 1) Quels sont les types de technologies nés à la suite des récents développements de la biologie et quels sont ceux qui, vraisemblablement, devraient naître à l'avenir? 2) Comment ces technologies fonctionnent-elles et comment fonctionneront-elles vraisemblablement pour l'identification des cas d'incapacité? et, 3) À quel moment ces technologies servent-elles des objectifs sociaux plutôt que médicaux?

a. Génétique et capacité

Au cours des dix dernières années, les deux domaines où les réalisations les plus importantes ont été produites sont la génétique et la neurophysiologie. En ce qui concerne le premier domaine, il existe une très forte indication que dans un avenir très proche le génôme humain aura été totalement cartographié[347], et que des marqueurs seront identifiés pour permettre la détection prénatale et présymptomatique de la plupart des maladies génétiques, dont le nombre est à l'heure actuelle supérieur à 3 000[348]. Depuis la fin des années 1970, la méthodologie des ADN recombinés a évolué en une technique sophistiquée qui permet de mettre à jour la séquence des paires de base dans le segment d'ADN d'un individu. Avec l'utilisation d'enzymes comme les endonucléases de restriction, dont plus de 200 ont été identifiées, il est possible de diviser de façon effective l'ADN humain en milliers de fragments[349]. Chaque endonucléase délimite une région particulière dans une séquence courte de nucléotides. Comme il existe de nombreuses séquences de base qui se présentent dans un génôme, de nombreux fragments d'endonucléases sont produits, et ces fragments peuvent être incorporés

[347] Voir R. Cook-Degan «*Introduction and Overview*». (Août 1987) Office of Technology Assessment Report (OTA Report).

[348] Voir V.A. McKusick *Mendelian Inheritance in Man*, (7e éd.), (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986).

[349] Voir N.A. Holtzman, *Proceed With Caution: Predicting Genetic Risks in the Recombinant DNA Era* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1989) à 9-13.

dans l'ADN et reproduits de nombreuses fois dans des bactéries[350]. Il s'agit là d'une méthode pour faire un prélèvement d'ADN. Une fois que les fragments sont produits, ils peuvent être étiquetés par radioactivité, ce qui permet l'identification des séquences complémentaires qui leur seront liées. C'est là un processus utile pour identifier des fragments sur des sections d'ADN et pour localiser des séquences sur les chromosomes. Grâce à l'électrophorèse par pulsation de gradients, les fragments d'ADN sont séparés, y compris la sonde d'ADN et sa séquence complémentaire. L'émulsion photographique permet de visualiser les sondes d'ADN, qui sont étiquetées par radioactivité.

Outre ces processus, l'identification des polymorphismes à longueur de fragment restreinte (PLFR) a été importante pour l'analyse des gènes. Il s'agit de substitutions de nucléotides le long d'une chaîne d'ADN, à des intervalles fréquents, et qui se produisent de façon aberrante dans la population. Certains de ces polymorphismes sont situés à des endroits où les endonucléases de restriction agissent. Ces endroits ont des chances d'être hérités génétiquement, de sorte que la combinaison de PLR et d'analyse familiale de différents traits génétiques peut créer des marqueurs sur un gène qui, éventuellement, révéleront des caractéristiques anormales. Au moins 350 marqueurs de ce type sont maintenant connus dans le génôme humain et beaucoup d'autres seront bientôt découverts. La présence de marqueurs augmente la précision de la détermination de l'anormalité génétique[351]. Lorsque le marqueur est près du gène en question et lorsque l'on effectue une sonde d'ADN pour ce marqueur sur une personne inconnue, s'il est présent, il est fort probable que la personne aura le gène anormal. La vérification de l'ADN pour un marqueur n'est pas exacte à 100 pour cent; il se produira une certaine erreur dans la prédiction en fonction de la distance entre le marqueur et le gène. Lorsque les marqueurs de flanc ont été identifiés, c'est-à-dire les marqueurs situés de chaque côté du gène suspect, une vérification de l'ADN sur une personne inconnue permet de localiser les marqueurs et le degré de certitude sera alors certainement supérieur à 99 pour cent, sans toutefois être égal à 100 pour cent, à cause de la possibilité lointaine d'un enjambement double[352]. Par ailleurs, si l'étude de l'ADN porte sur un marqueur intragénique, c'est-à-dire un

---

[350] Voir N.A. Holtzman Proceed With Caution: PredictingGenetic Risks in the Recombinant DNA Era (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1989) à 13-20.

[351] Voir R. Johnson «*DNA Probes Limited in Medical Diagnoses*». (Juin 1987) Genetic Engineering News 23.

[352] Voir U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Mapping Our Genes* (Washington D.C.: USGPO, 1988), (Referred to as OTA Report) et N.A. Holtzman, *Proceed With Caution: Predicting Genetic Risks in the Recombinant DNA Era* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1989).

marqueur qui se trouve effectivement dans la séquence même d'un gène, il y a alors 100 pour cent de certitude que la personne qui montre ce marqueur possède cette séquence génétique particulière[353].

Les sondes d'ADN n'ont pas encore été développées pour la plupart des maladies génétiques et certainement pas au point de pouvoir être utilisées comme moyens de dépistage (sauf pour quelques maladies comme la dystrophie musculaire et la maladie de Huntington). Cependant, ces sondes existeront dans un proche avenir. Lorsqu'elles sont contrastées avec des mesures plus inférentielles, comme la détermination des intensités d'enzymes d'après la présence de certains produits finaux du métabolisme, les sondes d'ADN sont beaucoup plus exactes, approchant même dans certains cas 100 pour cent d'exactitude dans l'identification du gène anormal. Il est cependant probable que certaines maladies génétiques supposent aussi l'action de gènes modificateurs ou de facteurs non génétiques pour que la caractéristique soit réalisée, auquel cas la localisation du gène particulier ne serait pas suffisante pour écarter les faux positifs. À l'avenir, lorsque la cartographie génétique sera complétée et que pratiquement 100 pour cent du génôme humain auront été mis en séquence, les sondes d'ADN seront très utiles et indiquées pour identifier les maladies génétiques, voire même les susceptibilités génétiques. L'importance de cette possibilité pour la détermination de la capacité tient au fait que certaines personnes ont estimé que 40 pour cent de l'ADN du corps implique directement le cerveau[354]. Si l'on combine nos connaissances en génétique avec les progrès de la neuroscience, on pourrait voir à l'avenir des profils d'individus, peut-être à la naissance, établissant la croissance potentielle de leurs capacités mentales et la probabilité de maladies graves qui affectent la capacité. On peut imaginer que les profils génétiques pourront être réalisés et comprendront les probabilités de certaines maladies particulières d'ordre physique, mental ou fonctionnel, par exemple, dont certaines seront inévitablement associées à des maladies qui rendent la personne incapable. Dans certains cas, la génétique pourrait révéler un retard de développement, avec la prévision associée que la personne pourrait ne jamais atteindre certains niveaux de capacité. L'information génétique, combinée aux conclusions des technologies de la neuroscience qui révèlent la physiologie biologique de l'individu, peut couvrir à la fois la maladie de l'individu au moment du test et la prédiction de l'évolution de son état mental, c'est-à-dire une prédiction génétique qui est fondée sur la biologie d'un moment

[353] Voir U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Mapping Our Genes* (Washington D.C.: USGPO, 1988), (appelé rapport OTA).

[354] Voir Nelkin & Trancredi, 1989, supra.

particulier dans la vie de la personne. Cette technologie constituerait un outil puissant pour la différenciation et l'exclusion.

b. Technologies des neurosciences et capacité

Le deuxième domaine où des découvertes biologiques fondamentales se sont produites est celui de la neurophysiologie. La recherche dans ce domaine a progressé à une allure rapide et elle a entraîné des changements importants de notre compréhension de la manière dont le cerveau fonctionne. Il n'y a pas longtemps encore, on s'imaginait le cerveau comme un réseau de fils électriques. On croyait que les stimuli du monde extérieur pénétraient les sens et étaient conduits par des nerfs qui se croisaient vers différents endroits dans le cortex cérébral. Bien que cette conception n'ait pas été réfutée, elle a été remplacée par une vue beaucoup plus en vogue du cerveau, qui consiste à l'assimiler à l'ordinateur. Le tissu cérébral lui-même est considéré comme du «matériel», tandis que le logiciel est le programme sous-jacent qui génère les idées et produit des associations d'images, de sensations et de pensées. Une troisième métaphore sur le cerveau, plus appropriée étant donné les recherches actuelles, est celle d'une usine chimique qui produirait de nombreux corps biochimiques agissant sur des régions particulières du cerveau et en-dehors du système nerveux central. La recherche a porté en grande partie sur les neurosubstrats de la fonction cérébrale et, en particulier, sur la manière dont les différents systèmes de neurotransmission qui avaient déjà été identifiés opèrent effectivement au niveau de la cellule et des régions du cerveau.

Plusieurs systèmes de transmission biochimique ont été mis en évidence et étudiés pour déterminer la manière dont ils affectent des fonctions cérébrales particulières. Le plus important de ces systèmes implique un produit chimique, l'acétylcholine, et il est souvent désigné comme le système cholinergique de neurotransmission[355]. Un deuxième système important est le système de neurotransmission par indoléamine, qui fait intervenir des produits chimiques comme la norépinéphrine, la dopamine et la sérotonine. Ces amines biogéniques sont situées particulièrement dans le système d'innervation sympathique des organes périphériques et des muscles mous, ainsi que sur les circuits du système limbique qui provoquent et contrôlent les états émotionnels ou les humeurs. Bien que de nombreux neurotransmetteurs aient été identifiés, trois autres systèmes sont particulièrement importants. Tout d'abord, le système de neurotransmission par

[355] Voir J.R. Cooper, S.E. Bloom et R.H. Ross, *The Biochemical Basis of Neuropharmacology*, (4e éd.), (New York: Oxford University Press, 1982).

épinéphrine, qui semble être impliqué dans le contrôle vasomoteur et respiratoire, la thermorégulation, la régulation de la prise d'aliments et de liquides, et dans le contrôle des sécrétions d'oxytocine et des sécrétions pituitaires. Deuxièmement, on trouve le système de neurotransmission d'acides aminés, à propos duquel on a pu identifier jusqu'à présent cinq acides aminés. Deux d'entre eux, le glutamate et l'aspartate, ont un rôle d'excitation dans le système nerveux central. Le GABA et la glycine ont des effets inhibiteurs, et finalement on croit que la taurine aurait des propriétés inhibitrices, mais son rôle effectif n'a pas encore été déterminé[356]. Le troisième système met en jeu des neuropeptides, qui comprennent des produits chimiques comme la vasopressine et l'oxytocine (fonctions endocrinologiques au sein et à l'extérieur du système nerveux), et des substances opiacées comme les enképhalines et les endorphines, qui fonctionnent dans un certain nombre de mécanismes, dont ceux qui sont liés à la douleur.

La recherche a aussi porté sur la relation existant entre ces produits chimiques et les troubles du mouvement ou les états psychologiques dans la conduite humaine. L'intérêt des chercheurs s'est surtout concentré sur l'influence de la sérotonine sur des comportements comme le sommeil et différentes formes de mouvement, ainsi que sur le rôle de l'acétylcholine sur des comportements comme les tremblements, les mouvements circulaires et l'éveil. Les amines biogéniques auraient, pense-t-on, un rôle particulièrement important dans le développement des troubles mentaux. Au cours des vingt prochaines années, nous verrons sans doute une augmentation du nombre de produits biochimiques identifiés dans le cerveau et une plus grande compréhension du lien existant entre les différents systèmes de neurotransmission et la conduite humaine, ainsi que l'identification des localisations dans le cerveau des récepteurs des produits chimiques produits par le corps (endogènes) et des produits chimiques exogènes qui semblent affecter les fonctions physiologique et cérébrale[357].

La tomographie par émission de positrons (TEP) est peut-être la meilleure technologie d'images à notre disposition pour comprendre l'incidence des différents produits chimiques, internes aussi bien qu'externes, sur la fonction cérébrale. D'autres technologies d'images sont utiles pour comprendre la fonction cérébrale mais à des degrés beaucoup plus restreints. La tomographie assistée par ordinateur (CT Scan) est utilisée pour représenter les structures du corps depuis de nombreux angles. L'électroencéphalographie informatisée porte sur le contrôle informatique

[356] Voir H.F. Bradford, *Chemical Neuro-Biology* (New York: Freeman & Co., 1986).

[357] Voir H.F. Bradford, *Chemical Neuro-Biology* (New York: Freeman & Co., 1986).

de l'électroencéphalogramme traditionnel, et cette capacité augmente le caractère spécifique de la localisation des ondes cérébrales anormales. La cartographie de l'activité électrique cérébrale constitue une autre variation de l'électroencéphalogramme, qui porte sur l'utilisation de l'ordinateur pour produire des images du cerveau, permettant ainsi des comparaisons avec l'activité électrique d'un individu sain et normal. Les interféromètres quantiques superconducteurs mesurent les champs magnétiques qui entourent le cerveau. De cette façon, le dispositif visualise essentiellement les parties du cerveau qui sont actives sous certaines conditions. Cette dernière technologie permet de détecter la manière dont le cerveau fonctionne, et les ordinateurs créent une image tridimensionnelle à partir de l'information fournie par les senseurs neuromagnétiques. Par contraste, l'imagerie par résonance magnétique dépend de l'utilisation d'électro-aimants puissants pour détecter des signaux provenant du tissu humain. Ces signaux sont traduits par un ordinateur en une image qui permet la détection de caractéristiques structurelles anormales comme les tumeurs et les déviations congénitales. Il existe de nouvelles technologies d'image, comme le synchrotron (faisceaux d'électrons accélérés à un haut niveau d'énergie), qui devraient à un certain moment permettre une étude extrêmement précise de la fonction biologique. Cependant, ces nouveaux développements en sont encore à un stade très expérimental.

À cause de la possibilité qu'elle offre de visualiser l'activité et la fonction chimiques, la TEP est, à l'heure actuelle, le principal dispositif d'image pour mener des études biochimiques *in vivo* sur le cerveau grâce à l'utilisation de traceurs. La tomographie d'émission monophotonique opère de manière similaire à la TEP pour détecter les radionucléides administrés de façon systémique; cependant, elle n'est pas aussi sensible pour détecter les produits radiopharmaceutiques, ce qui signifie qu'il y a besoin de moins de substances radioactives pour une étude de TEP et que l'image obtenue avec la tomographie d'émission monophotonique n'a pas la même clarté de résolution spatiale et contrastée.

La TEP est une technologie d'image relativement nouvelle, qui fonctionne de manière différente d'autres technologies d'images comme le CT Scan, les rayons-X, ou la RMN[358]. La TEP implique l'injection de substances radioactives dans le corps de la personne examinée. Ces substances radioactives se dégradent en libérant un positron qui entre en collision avec un électron, ce qui produit deux

[358] Voir N.D. Volkow et L.R. Tancredi, «*Positron Emission Tomography: A Technology Assessment*». (1986) 2 International Journal of Technology Assessment and Health Care 577.

photons, qui se déplacent dans des directions opposées[359]. La caméra qui fait partie du système de TEP agit comme tomodensimètre pour enregistrer ce qui s'est produit lorsque les deux photons ont simultanément rejoint deux paires de détecteurs placés l'un en face de l'autre dans la caméra. Ces détecteurs radioactifs agissent un peu comme un compteur Geiger pour enregistrer le niveau d'activité dans les différentes positions du tissu biologique examiné.

Une grande variété de composés d'émission de positron peut être injectée dans une personne pour mesurer certaines caractéristiques des processus physiologiques et biochimiques. Par exemple, si nous voulons examiner le cerveau, nous pouvons chercher à étudier le métabolisme du glucose et, dans ce cas là, nous injecterons une substance analogue au glucose (le fluorodéoxyglucose) et étudierons l'activité métabolique régionale pour voir quelles sont les parties du cerveau qui fonctionnent au cours des différentes activités cérébrales[360]. La TEP est la seule technique d'image à notre disposition à l'heure actuelle pour contrôler les processus biochimiques physiologiques fondamentaux de différents tissus du corps, et en particulier du tissu cérébral et du tissu cardiaque, sans vraiment pénétrer dans le corps de la personne.

L'exploration de ce qui se produit lorsqu'on administre un composé d'émission de positron à une personne pour étudier quelle partie de son cerveau est activée lorsque celle-ci écoute par exemple une fugue d'orgue de Bachs montre comment la TEP fonctionne et quels sont les étapes de l'interprétation qui ont une incidence sur l'exactitude. La caméra de la TEP enregistre la radioactivité du cerveau pendant la stimulation et transmet cette information à un ordinateur qui fondamentalement crée une image avec une gamme de couleurs allant du blanc au vert, qui sont en corrélation avec différentes intensités de la fonction. À ce premier niveau d'examen de la certitude de la relation scientifique, la TEP produit une image grâce à la médiation d'une radioactivité enregistrée par ordinateur supposée refléter le fonctionnement biochimique et biophysiologique. Ce premier niveau d'analyse implique de se demander si l'image reflète ce qui se produit ostensiblement dans le cerveau.

---

[359] T.F. Budinger, G.T. Gullberg et R.H. Huesman, «*Emission Computed Tomography*». In G. Herman (éd.), (1979), *32 Topics in Applied Physics Image Reconstruction From Projections; Implementation and Application* à 147.

[360] R.O. George et N.H. Wagner Jr. «*Ten Years of Brain Tumor Scanning at Johns Hopkins: 1962-1972*». Dans H.J. DeBlank et J.A. Sorenson (éd.), *Non-Invasive Brain Imaging* (New York: Society of Nuclear Medicine à 3, 1975).

À la suite de l'examen des images d'un certain nombre de personnes qui ont ressenti la même sensation après qu'on leur ait injecté le même composé d'émission de positron, certaines images seront désignées comme indicateurs d'anormalité. L'analyse de second niveau implique d'examiner si l'indicateur d'anormalité qui a été produit par le biais d'une différenciation statistique entre la normalité et l'anormalité est lié à la maladie ou à la condition pathologique à laquelle on prétend qu'il est associé. L'indicateur peut être lié directement, indirectement ou accidentellement à la maladie ou à l'état pathologique évalué. Même si il lui est lié directement, il se peut que l'explication obtenue de cette manière sur ce qui se produit dans le cerveau et sur les raisons de ces phénomènes ne soit pas du tout satisfaisante. Essentiellement à ce niveau d'analyse, la question qui se pose consiste à savoir si l'indicateur d'anormalité (une image de TEP) est lié à la maladie (par exemple, une incapacité ou un état X) et de quelle manière cela se produit. Pour décider de ce point, la fidélité statistique de la présence de l'image fonctionnelle anormale de façon concomitante avec l'état X qui représente un ensemble d'aberrations comportementales devrait faire l'objet d'un examen. Un autre niveau d'incertitude potentielle est donc introduit dans le problème de la corrélation entre une image de TEP et un état particulier d'incapacité.

Il existe un troisième niveau de problèmes potentiels à propos de la certitude de la relation, lorsque l'image de TEP commence en pratique à remplacer l'évaluation clinique pour déterminer si la personne souffre de troubles. Ce problème se poserait surtout si la TEP était utilisée à des fins de dépistage, lorsque la présence d'une image semblable à celle considérée comme anormale chez ceux qui écoutent la fugue, par exemple, devient un substitut de l'évaluation clinique de l'incapacité. La relation entre l'image et l'incapacité qui caractérise l'état ou la maladie X est située à un pas de la relation entre l'indicateur et la détermination d'une condition X. Les manifestations d'incapacité sont importantes dans l'examen d'un malade pour déterminer de façon clinique s'il est ou non atteint de l'état X. Bien qu'il soit concevable que certains soient atteints de l'état X avec un minimum de manifestations cliniques, il serait illogique de présumer que la présence d'un indicateur établit de façon automatique la présence de l'incapacité associée à l'état.

Comme nous pouvons le voir dans l'examen de la TEP, il existe au moins trois niveaux d'analyse où la relation entre ce qui est détecté par le biais d'un test et la réalité peut être incertaine. Cette incertitude risque le plus de se produire lorsque l'état en cause est de nature psychiatrique, c'est-à-dire lorsque la conduite devient l'élément fondamental dans la définition même de la maladie. Ces niveaux d'incertitude existent non seulement dans le cas des nouveaux développements technologiques en imagerie et en génétique, mais aussi à propos des anciens tests

de neuropsychologie et de physiologie qui sont utilisés pour établir un diagnostic d'incapacité.

Nous voyons poindre à l'horizon des technologies d'image encore plus complexes, comme le synchrotron, qui pourront de façon plus complète révéler le fonctionnement du tissu étudié. À ce moment-là, le processus de diagnostic fera intervenir des technologies moins chères et pouvant mieux être utilisées dans le traitement et les soins généraux des malades, ainsi que dans la détermination des différents substrats biologiques de la capacité. À cause de la possibilité qu'elle procure de distinguer entre le caractère normal et le caractère anormal d'une conduite, la TEP sera vraisemblablement utilisée à l'avenir à des fins de contrôle social. L'application de la TEP pourrait avoir des conséquences très graves pour l'autonomie et l'autodétermination de l'individu. À un certain moment dans l'avenir, il est possible que l'on puisse effectivement distinguer les individus selon des différences de fonctionnement cérébral. Qui plus est, la TEP a la capacité de contrôler de façon biologique ce que la personne fait en étudiant l'impact de stimulations comme le sommeil, la nutrition, les idées et peut-être même les perspectives idéologiques, sur la fonction cérébrale[361]. Cette technique peut donc devenir un instrument extrêmement puissant pour influencer des processus fondamentaux liés à la pensée et au sentiment pour provoquer une certaine conformité de comportement et pour délégitimer les personnes par le biais d'allégations biologiques d'incapacité.

3. Instruments neuropsychologiques

Les instruments neuropsychologiques sont importants en tant qu'auxiliaires de l'évaluation clinique de la capacité. Ces instruments mesurent une gamme d'attributs psychologiques allant de la cognition à la capacité sensorielle, en passant par les aptitudes organisationnelles, les états affectifs et les capacités d'autonomie. Aucun de ces instruments ne peut en soi servir de base à la détermination de l'incapacité, mais lorsqu'ils sont combinés avec des évaluations cliniques ils peuvent accroître de façon significative la validité de l'analyse. Nous étudierons ici quelques-uns des instruments neuropsychologiques parmi les plus importants, ainsi que d'autres mesures de la fonction, et nous en discuterons en termes de validité et de fidélité lorsque cette information existe. Les instruments dont nous ne traiterons pas dans le présent rapport sont, pour la plupart, des variantes des

[361] Voir P.S. Churchland, *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain* (Cambridge: MIT Press à 403, 1986).

principaux instruments utilisés par les neuropsychologues[362].

a. Échelle d'évaluation de la démence de Blessed (BDRS)

Cette échelle de 22 éléments[363] a été conçue à l'origine pour évaluer le déclin de l'efficacité cognitive qui peut se produire à un âge avancé ou dans la démence. Les auteurs souhaitaient quantifier la détérioration intellectuelle et la dégradation de la personnalité constatées chez les malades atteints de démence. Les éléments portent sur la capacité dans les activités personnelles, domestiques et sociales.

La BDRS implique un entretien avec un parent ou un ami proche du malade afin de déterminer comment ce dernier a pu s'acquitter au cours des 6 mois précédents de ses différentes tâches domestiques et sociales. Les résultats sont évalués en termes d'«incapacité totale», d'«incapacité partielle» ou de «capacité». Les scores pour cette section de l'échelle peuvent varier de 0 à 28, ce qui fournit une évaluation de la démence sur une ligne allant de la capacité entièrement préservée (0) à l'incapacité extrême (28).

Fidélité

La fidélité inter-évaluateurs pour ce test doit être établie. Les évaluations provenant d'autres personnes ne sont pas des mesures véritablement objectives de la performance.

Validité

Dans l'étude de 1968[364], la note moyenne pour un total de 60 malades déments (N = 26), non déments, et de malades psychiatriques sur la BDRS a été mise en corrélation avec la moyenne du comptage des plaquettes à l'autopsie. La corrélation pour ces deux facteurs était de r = 0,77, ce qui suggère que des scores plus élevés à la BDRS sont liés à des moyennes de comptage des plaquettes plus

---

[362] Nous voudrions exprimer notre reconnaissance au Dr P. Defeudis et à M.D. Goltz pour leur collaboration à l'étude des instruments de test qui suivent.

[363] G. Blessed, B.E. Tomlinson et M. Roth «*The Association Between Quantitative Measures of Dementia and of Senile Change in the Cerebral Grey Matter of Elderly Subjects*». (1968) 114 British Journal of Psychiatry 797.

[364] G. Blessed, B.E. Tomlinson et M. Roth, «*The Association Between Quantitative Measures of Dementia and of Senile Change in the Cerebral Grey Matter of Elderly Subjects*». (1968) 114 British Journal of Psychiatry 797.

élevées. Lorsque les malades déments sont exclus de l'analyse, la corrélation descend à r = 0,11. En outre, il existe une corrélation non significative entre l'âge et le comptage moyen des plaquettes; dans un échantillon r = 0,13. Les auteurs concluent que «[Traduction] les indices psychologiques et pathologiques sont étroitement liés les uns avec les autres, éventuellement à cause de leur association commune avec le processus dégénératif sous-jacent dans le cerveau».

Commentaires

En dépit de la corrélation entre les mesures pathologiques et les mesures psychologiques de la démence, la détermination de la capacité d'après les résultats obtenus par le malade à la BDRS n'est pas établi. La validité écologique du test n'a pas encore été établie jusqu'à présent.

b. Procédures d'évaluation de Clifford pour les personnes âgées (CAPE)

Cet instrument[365] vise à fournir une méthode brève d'évaluation de la capacité cognitive (mentale) et comportementale chez les personnes âgées. Les CAPE visent à quantifier le degré de dépendance du malade du point de vue cognitif et comportemental. Les CAPE comprennent deux procédures d'évaluation distinctes, à savoir l'échelle d'évaluation cognitive (CAS)[366] et l'échelle d'évaluation comportementale (BRS)[367]. La CAS est un test psychologique bref qui a pour objet d'évaluer l'existence d'un handicap dans le fonctionnement mental et son degré de gravité. Elle comporte trois éléments : un test d'information/orientation; un test d'habileté mentale; et un test psychomoteur (le Labyrinthe en spirale de Gibson). La BRS demande à l'évaluateur d'examiner l'individu du point de vue de ce qu'il fait effectivement et non pas de ce qu'il peut être capable de faire, selon quatre dimensions, à savoir l'incapacité physique, l'apathie, les difficultés de communication et le trouble social.

Les résultats aux deux parties sont calculés séparément et on leur attribue une cote de «niveau de dépendance». Les cotes vont de A (aucun handicap et indépendant) à E (handicap grave et dépendance maximale).

---

[365] A.H. Pattie et C.J. Gilleard «*A Brief Psychogeriatric Assessment Schedule - Validation Against Psychiatric Diagnosis and Discharge from Hospital*». (1975) 127 British Journal of Psychiatry 489.

[366] Ibid.

[367] C.J. Gilleard et A.H. Pattie «The Stockholm Geriatric Rating Scale: A Shortened Version with British Normative Data». (1977) 131 British Journal of Psychiatry 90.

Normes

Les données normatives pour les évaluations du degré de dépendance proviennent de 9 groupes de personnes allant de normal (N = 50) à handicapés développementaux âgés. Le groupe N varie de 20 à 121. L'âge moyen varie de 69,3 ans (s = 5,4) à 82,2 (s = 5,6) par groupe.

Fidélité

La fidélité test-retest a été établie sur un groupe de 38 malades âgés en phase aiguë hospitalisés en service psychiatrique. Ils ont été testés à leur arrivée et à nouveau 3 ou 4 jours plus tard. Les coefficients de fidélité sont les suivants : r = 0,87 pour l'information/orientation; r = 0,89 pour l'habileté mentale; et r = 0,79 pour la capacité psychomotrice. Les données de test et de répétition de test à six mois d'intervalle sur 39 résidents d'un foyer pour personnes âgées ont fourni les coefficients suivants : r = 0,84 pour l'information/orientation; r = 0,74 pour l'habileté mentale; et r = 0,69 pour la capacité psychomotrice. Ces résultats suggèrent des scores relativement stables pour ce test.

La fidélité inter-évaluateurs sur la BRS pour les quatre sous-échelles va de 0,45 à 0,91, avec les difficulté de communication comme paramètre le plus variable.

Validité

La validité comparative dépend d'une comparaison du score d'information/orientation avec le score d'information et orientation à l'Échelle de mémoire de Wechsler. Pour cette comparaison, r = 0,90. Il convient de noter que les questions se chevauchent beaucoup et qu'en fait de nombreuses questions sont pratiquement identiques.

La validité prédictive dépend de la classification aux CAPE et de la prédiction faite au moment du congé de l'hôpital. Lorsque les points de séparation pour les différentes sous-échelles de la CAS ont été comparés à la prédiction de congé après trois mois, les données d'information/orientation ont fourni 70 pour cent de classements corrects, tandis que celles portant sur la capacité psychomotrice ont fourni 72 pour cent de classements corrects.

La validité concurrente de la BRS a été établie par comparaison des scores

de la BRS avec le milieu de vie. En général, les résultats les plus élevés à la BRS (davantage de handicaps) ont été trouvés chez les personnes âgées qui vivaient dans des milieux plus structurés.

Finalement, les intercorrélations entre sous-échelles sont élevées, et les auteurs estiment que ce fait indique que toutes les sous-échelles contribuent à un facteur commun qui reflète le degré de dépendance de la personne âgée. Cette hypothèse doit encore être validée par une analyse factorielle.

c. Test de la capacité cognitive (CCT)

Le CCT[368] vise à évaluer un composant de la capacité mentale globale, à savoir la capacité cognitive. Les auteurs ont adopté une méthode d'évaluation pratique en simulant des situations de la vie courante dans la mesure où cela était possible dans le cadre d'une évaluation objective. Ce test permet d'évaluer les compétences cognitives qui sont nécessaires pour maintenir sa sécurité et son indépendance dans sa vie quotidienne. Le contenu des sous-tests varie, depuis le fait de remplir une formule de demande simulée, de retenir un rendez-vous et de trier des documents de nature financière, jusqu'au raisonnement verbal et à l'orientation directionnelle. Le test produit un score total moyen qui représente le pourcentage global de crédit obtenu sur tous les aspects du test. Ce score permet alors le placement de la personne sur une ligne de capacité fonctionnelle qui va d'entièrement dépendant à entièrement indépendant.

Normes

Les données normatives sont fondées sur l'évaluation de malades âgés vivant dans la communauté et de malades d'un hôpital d'orthopédie, soit au total 50 malades, âgés de 50 à 93 ans. L'âge moyen est de 66,6 ans. Les antécédents médicaux ont été vérifiés pour exclure les personnes ayant des antécédents de troubles neurologiques. Les points de division des résultats bruts pour distinguer fonctionnement dépendant et fonctionnement indépendant sont déterminés comme suit. Une note de «handicapé» est attribuée si moins de 5 pour cent des personnes normales ont obtenu ce score ou moins. Une note de «zone grise» est attribuée si de 6 à 20 pour cent des personnes normales ont obtenu des scores à ce niveau là ou plus haut. Une note de «normal» est obtenue si plus de 20 pour cent des personnes normales ont obtenu des scores à ce niveau ou plus haut.

[368] P.L. Wang, K.E. Ennis et S.L. Copland *CCT: Cognitive Competency Test Manual* (Toronto: Mt. Sinai Hospital, 1986).

Un score total moyen (ATS) de 80 pour cent ou plus fut trouvé pour toutes les personnes âgées qui vivaient de façon indépendante dans la communauté. Un ATS de moins de 80 pour cent fut trouvé pour les personnes qui avaient besoin d'au moins un peu d'aide.

Fidélité

La fidélité test-retest dans un petit groupe de personnes âgées normales (N = 20), avec un intervalle moyen entre les tests de 18,25 jours, a prouvé que des gains significatifs étaient réalisés seulement sur les sous-tests de mémoire verbale. L'ATS a donné une fidélité test-retest de 0,8 avec une erreur type (SE_M) égale à 2,51. Par conséquent, il existe moins de 5 pour cent de chances que le «vrai» ATS diffère de l'ATS obtenu par plus de 5 points[369].

Validité

Les comparaisons de groupes ont montré que les malades déments obtenaient des moyennes de groupe significativement inférieures à tous les sous-tests du CCT par comparaison avec les personnes âgées normales.

La validité écologique prédictive fait actuellement l'objet d'une étude, à travers une comparaison des résultats du CCT avec l'indépendance fonctionnelle chez les sujets ayant subi des blessures à la tête.

La validité nominale des éléments individuels est élevée.

d. Échelle de la capacité sociale

Cette échelle[370] vise à évaluer les aptitudes des personnes âgées qui sont associées aux soins personnels et à la gestion des biens. Pour la construction de l'échelle, on a pris en considération les définitions juridiques, les objectifs et les usages. Il y a 19 sous-échelles et 166 éléments. Le contenu des sous-échelles concerne le jugement, l'adaptation sociale, la bonne alimentation, et la gestion

[369] Ibid.

[370] A. Loeb, «*Validity of the Community Competence Scale with the Elderly*». Cité dans T. Grisso *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

financière. Les éléments demandent au sujet de démontrer qu'il a effectivement la compétence dans la mesure du possible. Cette exigence accroît la validité écologique de la mesure et permet de faire des inférences à propos de la vie quotidienne.

Les sous-échelles et leurs rubriques ont été sélectionnées sur la base des évaluations d'importance par catégorie effectuées par 288 répondants qui constituent un échantillon des populations suivantes : juges, experts en santé mentale qui exécutent des examens de tutelle, membres de la société de gérontologie de l'APA, et personnes âgées qui conseillent un organisme local pour les personnes âgées.

Fidélité

La cohérence interne de l'échelle globale a été établie à 0,97 dans un échantillon de malades en psychiatrie. La fidélité test-retest dans le même échantillon à sept semaines d'intervalle était de 0,94[371]. La cohérence interne dans un échantillon de malades âgés était de 0,93[372]. La fidélité inter-évaluateurs était de 0,94 dans ce même échantillon.

Normes

Il manque à cette échelle un grand échantillon normatif pour les personnes âgées, bien que des résultats aient été présentés pour quelques échantillons plus petits[373]. On estime en général que cette échelle pourrait bénéficier de l'établissement de notes normalisées[374].

Validité

La validité de la construction n'a pas encore été établie au moyen d'analyses factorielles. Les comparaisons de groupes ont donné des différences de scores

---

371 T. Grisso Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments (New York: Plenum Press, 1986).

372 P.A. Loeb «*Validity of the Community Competence Scale with the Elderly*». Cité dans T. Grisso *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

373 Ibid et T. Grisso *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

374 T. Grisso *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

importantes pour les personnes âgées ayant trois modes de vie différents. En outre, 89 pour cent d'un échantillon de personnes âgées ont été classés de façon correcte en ce qui concerne l'indépendance en utilisant seulement 11 des 19 sous-échelles[375].

e. **Échelle d'évaluation de la démence**

Cette échelle[376] est conçue pour échantillonner la conduite de malades souffrant de déficits graves des fonctions cognitives supérieures. Les aptitudes étudiées comprennent notamment les aptitudes de perception, de cognition, de mémorisation et les aptitudes motrices, et les éléments sont établis bien en-dessous du niveau de l'adulte moyen. Les éléments sont organisés de façon hiérarchique, de sorte qu'une performance adéquate sur le premier élément d'un sous-test permet d'abandonner ce sous-test. Le sujet reçoit alors un crédit pour cette section, moyennant l'hypothèse qu'il est capable de la compléter sans erreur.

Normes

Il n'existe aucun rapport d'un échantillon normatif; cependant, le score-seuil pour une performance synonyme de handicap est de 133 sur un total possible de 158 points.

Fidélité

Les coefficients de fidélité test-retest vont de 0,61 à 0,97 dans un échantillon de 30 malades atteints de la maladie d'Alzheimer lorsque la DRS a été administrée deux fois, à une semaine d'intervalle.

Validité

La validité concurrente dépend d'une comparaison entre la DRS, l'échelle d'intelligence pour adultes de Wechsler (WAIS) et le sous-test des paires associées de l'échelle de mémoire de Weschler (WMS). Tant les sujets normaux que les sujets déments ont été testés. Si les sujets atteignaient un Q.I. de 85 ou plus à la

---

375 H.R. Searight, J. Olver et T. Grisso «*The Community Competence Scale: Preliminary Realibility and Validity*». (1983) 11 American Journal of Community Psychology 609.

376 J.M. Coblentz, S. Mattis, L.H. Zingesser, S.S. Kasoff, et coll., «*Presenile Dementia: Clinical Aspects and Evaluation of Cereospinal Fluid Dynamics*». (1973) 29 Archives of Neurology 299.

WAIS, la note à la DRS était de 140 ou plus.

f. Échelle de détérioration globale

Il s'agit d'une échelle d'évaluation clinique[377] pour mesurer la démence primaire dégénérative. Elle permet d'identifier sept stades de la détérioration cognitive, allant de «normal» à «déclin cognitif très grave». La classification à chaque stade est déterminée par une combinaison d'évaluation clinique et de performance sur plusieurs mesures psychométriques, dont les tests de mémoire de Guild, le sous-test de vocabulaire de la WAIS et le questionnaire sur l'état mental. Chacun des sept stades a été brièvement décrit et couvre les éléments suivants : orientation personnelle, mémoire, degré de confusion, orientation directionnelle, finances, tâches complexes, affaiblissement de l'affect et retrait social. Il faut remarquer que dans aucun de ces domaines l'évaluation n'est faite objectivement, mais que ces éléments sont plutôt incorporés de façon subjective dans l'évaluation que fait le clinicien du déclin cognitif.

Fidélité

Aucun coefficient de fidélité test-retest ou inter-évaluateurs n'a été signalé.

Validité

La validité concurrente a été établie en calculant la corrélation entre les résultats de l'échelle globale d'évaluation et différentes mesures psychométriques, dont le temps de réaction, la mémoire, la vitesse psychomotrice et l'inventaire des plaintes psychiques et somatiques des personnes âgées. Les coefficients de corrélation varient entre 0,02 et 0,64, les plus hautes corrélations globales étant constatées à propos de l'apprentissage verbal de Buscke et du test de mémoire de conception et de rétention à court terme de Peterson et Peterson. La validité écologique et la validité prédictive n'ont pas été étudiées.

[377] B. Reisberg, S.H. Ferris, M.J. DeLeon et T. Crook, «*The Global Deterioration Scale for Assessment of Primary Degenerative Dementia*» (1982), 139 American Journal of Psychiatary 1136.

g. Tableau de l'état mental gériatrique

Le tableau de l'état mental gériatrique (GMSS)[378] est une procédure d'entrevue clinique semi-structurée qui est conçue pour diagnostiquer l'état mental des personnes âgées. L'échelle de base est dérivée de l'Examen de l'état actuel (PSE). Cependant, des éléments portant sur l'état cognitif et mental ont été ajoutés pour l'utilisation avec des personnes plus âgées. Le tableau de l'état mental gériatrique comprend 541 éléments, dont 209 ont été ajoutés pour l'utilisation avec des personnes âgées. La plupart des éléments sont évalués sur une échelle de 5 points allant d'«absent» à «présent : grave, fréquent et persistant». L'entrevue demande de 30 à 40 minutes. Elle permet la classification psychiatrique et fonctionnelle des sujets ayant un profil de symptômes.

Normes

Aucune norme n'a été rapportée.

Fidélité

La fidélité inter-évaluateurs en ce qui concerne la catégorie de diagnostic principale qui est attribuée aux malades était de 85 pour cent (17 cas sur 20). On est arrivé à un accord partiel dans 95 pour cent des cas et un accord total sur le diagnostic s'est produit dans 60 pour cent des cas. L'accord inter-évaluateurs moyen pour tous les éléments du tableau était de 72 pour cent.

Validité

La validité du tableau dépend de l'observation de profils sensiblement différents des résultats par section obtenus par les malades souffrant ou non de troubles mentaux organiques. De plus, les malades souffrant de démence montrent peu de changements dans les symptômes trois mois après le test, tandis que les malades souffrant de troubles affectifs présentent une diminution des symptômes. Les auteurs concluent que cela indique que le GMSS est sensible aux changements de l'état mental.

---

[378] J.R.M. Copeland, M.J. Kelleher, J.M. Kellet, A.J. Gourlay, B.J. Gurland, J.L. Fleiss et L. Sharpe «*A Semi-Structured Clinical Interview for the Assessment of Diagnosis and Mental State of the Elderly: The Geriatric Mental State Schedule. I Development and Reliability*». (1976) 6 Psychological Medicine 439.

h. Batterie de tests de Kendrick pour la détection de la démence chez les personnes âgées

La batterie de tests de Kendrick[379] comprend deux sous-sections. La première sous-section, le Test d'apprentissage de l'objet, porte sur le rappel d'objets de la vie quotidienne qui sont montrés au sujet pendant un temps très bref. Les objets sont dessinés sur quatre cartes de stimulus et chaque carte de stimulus comporte de plus en plus d'objets . Plusieurs objets sont répétés sur les différentes cartes de stimulus. La seconde sous-section consiste en un Test de copie de chiffres, c'est-à-dire que le sujet doit copier les chiffres qui lui sont présentés aussi vite que possible. La fonction de diagnostic du test réside dans le calcul d'une fonction de changement. Ceci demande que le test soit de nouveau administré environ 6 semaines après le premier test, de façon à obtenir deux scores pour chaque sous-échelle.

La batterie de tests de Kendrick est conçue pour évaluer les capacités cognitives les plus «sensibles» au vieillissement. Le temps d'administration du test est d'environ 15 minutes, et les auteurs préviennent que le test n'est pas approprié pour les personnes ayant un QI de vocabulaire de Mill Hill inférieur à 70, en supposant une moyenne de 100 et un écart type de 15. En outre, le test n'est pas adapté pour être utilisé comme outil de diagnostic chez les malades placés en établissement.

Normes

Des données normatives sont disponibles pour les personnes âgées de 55 à 84 ans. L'échantillon normatif total correspond à N = 188. Les scores échelonnés par âge ont été obtenus à partir des scores totaux du test d'apprentissage de l'objet et du test de copie de chiffres, puisque ces scores montraient une très forte corrélation avec l'âge dans le groupe normal.

Fidélité

La fidélité test-retest pour le test d'apprentissage de l'objet sur une période de 24 heures est de 0,92 pour la formule A (N = 20) et de 0,91 pour la formule B (N = 20). Les intercorrélations entre la première et la seconde administration de cette sous-échelle sont significatives au niveau $p<0,01$ pour les sujets normaux,

[379] D.C. Kendrick, A.J. Gibson et I.C.A. Moyes «*The Revised Kendrick Battery: Clinical Studies*». (1979) 18 British Journal of Social and Clinical Psychology 329.

dépressifs et déments. De plus, tant les sujets normaux que les sujets dépressifs ont montré une amélioration significative à la deuxième administration du test, tandis que les sujets atteints de démence n'ont montré aucune amélioration.

La fidélité test-retest immédiate pour le test de copie de chiffres est de .97 (N = 80). Les intercorrélations entre la première et la seconde administration du test sont significatives au niveau $p<0,01$ pour les sujets normaux, dépressifs et déments. Là encore, les sujets normaux et dépressifs montrent une amélioration significative sur cette sous-échelle après un intervalle de 6 semaines. Les sujets atteints de démence ne montrent aucune amélioration.

Validité

La validité de la construction, telle qu'établie par l'analyse factorielle, montre que trois facteurs ressortent à la fois chez les malades normaux et chez les malades dépressifs. Il s'agit du test d'apprentissage de l'objet, du test de copie de chiffres et de l'«intelligence». La structure factorielle ne peut pas être interprétée pour les malades atteints de démence.

La validité discriminative a été établie dans l'aptitude du test à effectuer une distinction entre les sujets atteints de démence et ceux qui ne l'étaient pas lorsqu'il était utilisé dans une situation test-retest.

La validation croisée de la précision de la classification de la batterie de tests de Kendrick et du diagnostic psychiatrique a donné un coefficient Rho de 0,63 après le premier test et un coefficient Rho de 0,70 après la deuxième évaluation[360].

i. Questionnaire sur l'état mental (MSQ)

L'objectif des auteurs était d'élaborer une mesure rapide, objective et quantitative du fonctionnement mental associé au handicap cérébral[361]. Ce test comprend 31 éléments qui portent sur l'orientation, la mémoire, le calcul et les renseignements personnels généraux. Dix de ces éléments ont été sélectionnés pour obtenir un index quantitatif du fonctionnement mental.

---

[360] R.G. Knight et B.M. Moroney *«An Investigation of the Validity of the Kendrick Battery for the Detection of Dementia in the Elderly»*. (1985) 7 International Journal of Clinical Neuropsychology 147.

[361] R.L. Kahn, A.I. Goldfarb, M. Pollack et A. Peck *«Brief Objective Measures for the Determination of Mental Status in the Aged»*. (1960) 117 American Journal of Psychiatry 326.

Fidélité

Aucune information sur la fidélité n'a été rapportée.

Validité

Sur les 1 077 malades testés, 94 pour cent ont eu le même diagnostic avec le questionnaire sur l'état mental et avec le diagnostic psychiatrique clinique. 94 pour cent des malades ayant obtenu un résultat de 10 au MSQ (normal), ont été déclarés normaux sur le plan psychiatrique. Et 95 pour cent des malades ayant obtenu un résultat de 0 au MSQ (problème grave d'organisation) ont été jugés atteints d'un syndrome cérébral chronique lors du diagnostic psychiatrique.

j. État mini-mental (MMS)

L'intention des auteurs était de fournir une évaluation rapide et quantitative de la performance cognitive, qui serait utilisable dans le cas de malades prêts à collaborer seulement pendant de brèves périodes de temps[382]. Les auteurs suggèrent que le MMS donne une bonne évaluation dans le domaine cognitif, bien qu'il ne fournisse pas d'évaluation de l'humeur, des expériences mentales anormales, ou des formes de pensée. D'aucuns ont soutenu que bien que le MMS soit un outil de dépistage intéressant pour déterminer le handicap cognitif, il ne peut cependant fournir des données valides sur les fonctions cognitives particulières, du fait que nombre de fonctions sont échantillonnées seulement à partir d'une rubrique unique et brève[383]. Il permet d'échantillonner rapidement une vaste gamme de capacités cognitives, dont la mémoire immédiate, la compréhension, l'orientation et l'attention. La personne qui obtient 23 ou moins sur un total possible de 30 points reçoit un diagnostic de démence ou de délire.

Fidélité

La fidélité test-retest a été évaluée pour un intervalle de 24 heures, le même évaluateur administrant les deux tests à un groupe de malades souffrant de

[382] M.F. Folstein, S.E Folstein et P.R. McHugh «*Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician*». (1975) 12 Journal of Psychiatric Research 189.

[383] F.A. Huppert et E. Tym «*Clinical and Neuropsychological Assessment of Dementia*». (1986) 42 Medical Bulletin 11.

dépression. La corrélation entre les deux tests était significative, à 0,88 ($p<0,0001$). Avec un intervalle de 28 jours avant la nouvelle administration du test sur des malades psychiatriques cliniquement stables, on a obtenu un coefficient de corrélation significatif de 0,988 ($p<0,0001$)[384]. L'échantillon de personnes âgées (âges allant de 60 à 80 ans et plus) pour les données test-retest est de N = 41.

Validité

Le MMS a permis de distinguer les malades souffrant de démence des malades souffrant de troubles affectifs, avec ou sans détérioration cognitive, et des sujets normaux. Les auteurs concluent que la classification MMS s'accordait avec l'impression clinique quant à la présence de difficultés cognitives et s'accordait du point de vue numérique avec la gravité de l'état[385].

Les malades souffrant de démence ont obtenu une note moyenne de groupe pour le MMS plus basse que ceux des groupes de psychiatrie. Cependant, il existe une variabilité de score plus grande à l'intérieur des groupes.

On a étudié la validité concurrente du MMS avec le quotient de mémoire (QM) de la WMS, le VIQ et le PIQ de la WAIS, et les mesures d'atrophie du scanner CAT. Les coefficients de corrélation sont les suivants : MMS et VIQ r = 0,40; MMS et PIQ r = 0,56; MMS et MQ r = 0,58; MMS et scanner CAT r = 0,35. Tous les coefficients de corrélation étaient significatifs, du moins au niveau $p<0,05$[386]. Aucune corrélation significative n'a été trouvée entre le MMS, le questionnaire de santé générale et l'évaluation de l'état émotionnel.

Anthony, Niaz, LeResche, VonKoff et coll. ont constaté 87 pour cent de sensibilité et 82 pour cent de spécificité dans le classement de la démence et du délire, avec une note limite de 23 lorsqu'on utilisait comme critère le diagnostic clinique normalisé d'un psychiatre[387]. Cependant, le taux de faux positif dans cette

---

[384] M.F. Folstein, S.E. Folstein et P.R. McHugh «*Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician*». (1975) 12 Journal of Psychiatric Research 189.

[385] Ibid.

[386] J.R. De Paulo, M.F. Folstein et B. Gordon «*Psychiatric Screening on a Neurological Ward*». (1980) 10 Psychological Medicine 125.

[387] J.C. Anthony, U. Niaz, L.A. LeResche, M.R. VonKorff et M.F. Folstein «*Limits of the 'Mini-Mental State' as a Screening Test for Dementia and Delirium Among Hospital Patients*». (1982) 12 Psychological Medicine 397.

étude était de 39 pour cent. On a aussi signalé d'autres taux de faux positifs de 33 et 35 pour cent[388]. Il est aussi important de remarquer que les cas de démence très légère peuvent être manqués si l'on utilise ce critère limite.

Commentaires

Le MMS a été conçu pour détecter de manière rapide le handicap mental sur le plan cognitif, et aucune mention de l'évaluation de la capacité d'après les résultats du MMS n'a été faite. Les auteurs concluent que «[Traduction] ... le MMS ne saurait remplacer une évaluation clinique complète pour atteindre un diagnostic définitif à propos d'un malade quelconque»[389]. Du fait de la vaste expérience clinique que l'on a du test et de son caractère approprié en tant qu'outil de vérification préliminaire rapide, nous avons employé un certain nombre d'éléments du MMS dans le test de dépistage de la capacité que nous proposons. Nous apporterons davantage de commentaires sur cet instrument et ses limites dans la section concernant le protocole d'évaluation proposé.

k. Examen du statut cognitif neurocomportemental (NCSE)

Le NCSE[390] a été conçu pour évaluer le fonctionnement intellectuel dans cinq domaines majeurs : langage, constructions, mémoire, calculs et raisonnement. Il fournit en outre une évaluation de l'attention, du niveau de conscience et de l'orientation. Le test est administré de manière à ce qu'une rubrique difficile, demandant de bonnes compétences, soit donné tout d'abord à titre de sélection dans chaque catégorie. Ces éléments de sélection peuvent aussi demander une attention soutenue. Si le sujet réussit l'élément de sélection, il est considéré comme ayant une aptitude intacte dans cette catégorie, et aucun autre test n'est administré dans ce domaine. Si le sujet échoue à l'élément de sélection, une série d'éléments lui est administrée, par ordre de difficulté croissante. En général, les sélections sont suffisamment exigeantes pour que de 10 à 30 pour cent de la population normale ne puisse les passer. Un «profil» cognitif fondé sur la performance pour toutes les catégories est ensuite donné. Le contenu des rubriques à ce propos

[388] F.A. Huppert et E. Tym «*Clinical and Neuropsychological Assessment of Dementia*». (1986) 42 Medical Bulletin 11.

[389] M.F. Folstein, S.E. Folstein et P.R. McHugh «*Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician*». (1975) 12 Journal of Psychiatric Research 189.

[390] The Northern California Neurobehavioral Group, Inc., *Manual for the Neurobehavioral Cognitive Status Exam* (1983).

ressemble au contenu des rubriques de la WAIS et de la WMS à la fois du point de vue du style et du point de vue de la procédure de notation.

Normes

Des normes existent pour 3 catégories d'âge : de 20 à 39 ans, de 40 à 66 ans et de 70 à 92 ans. Il y avait un total de 60 personnes dans les deux premières catégories d'âge combinées et de 50 dans le groupe d'âge de 70 à 92 ans.

Fidélité

Aucune donnée test-retest n'a été fournie à cause de l'effet plafond chez les personnes normales. Trop peu d'éléments sont administrés à l'échantillon pour mener des analyses de fidélité avec partage en deux.

Validité

Jusqu'à présent, aucune étude d'analyse factorielle n'a été signalée. Aucune donnée sur la validité n'a été fournie.

Les auteurs observent que les notes de profil moyennes pour les malades (groupe de neurochirurgie) présentent un écart «considérable» par rapport aux résultats «normaux».

l. Test de mémoire comportementale de Rivermead (RBMT)

Le but du RBMT[391] est d'évaluer et de détecter tout déficit dans les aptitudes de mémorisation qui peut nuire au fonctionnement quotidien de la personne, ainsi que de contrôler l'efficacité du traitement dans le fonctionnement quotidien. Les procédures d'évaluation sont fondées sur des analogies avec des situations de mémorisation quotidiennes qui peuvent poser des problèmes pour les personnes ayant subi des blessures cérébrales ou souffrant d'autres handicaps. On demande aux personnes examinées de se souvenir d'une tâche banale ou de l'exécuter, ou encore de retenir de l'information essentielle pour bien fonctionner dans la vie quotidienne. Les sous-tests comprennent notamment le rappel d'un nom, le souvenir d'un bien personnel caché, le souvenir d'un rendez-vous, la mémoire de reconnaissance de visages et d'objets, le souvenir de textes écrits et

[391] B. Wilson, J. Cockburn et A. Baddeley *The Rivermead Behavioral Memory Test Manual* (Reading: Thames Valley Test Company, 1985).

l'orientation. De plus, le RBMT fournit quatre formules parallèles, ce qui réduit les effets dus à la pratique que l'on observe souvent dans les évaluations en série. Le RBMT fournit à la fois un score de dépistage, où douzes rubriques sont simplement évaluées sur une base succès ou échec, et une note de profil plus complète, qui peut être utile lorsque le score de dépistage d'une personne tombe dans la catégorie des handicapés.

Normes

La note limite pour les résultats signalant un handicap sur le RBMT est de trois échecs ou plus à la partie score de sélection du test. Dans l'ensemble, les scores de sélection de 10 à 12 représentent une fonction de mémorisation normale, ceux de 7 à 9 un léger handicap de mémoire, ceux de 3 à 6 un handicap de mémoire moyen, et ceux de 0 à 2 un handicap de mémoire grave. Les données préliminaires montrent que les sujets âgés de 16 à 65 ans qui ne souffrent pas de dommages cérébraux se situent dans la catégorie normale. On observe une légère baisse dans la catégorie des plus de 65 ans, avec une proportion de sujets qui se situent dans la catégorie accusant un léger handicap. Des normes ajustées sont fournies pour les personnes souffrant de problèmes d'expression linguistique.

Fidélité

La fidélité inter-évaluateurs dans deux études séparées était de 100 pour cent, la première étude utilisant deux évaluateurs indépendants et la seconde dix évaluateurs indépendants.

Les coefficients de fidélité test-retest trouvés ont été r = 0,78 pour le score de sélection et r = 0,82 et r = 0,85 dans deux études distinctes pour la note de profil. Les coefficients de fidélité des formules parallèles vont de 0,67 à 0,88 respectivement, les coefficients pour les notes de profil étant supérieurs à ceux obtenus pour les scores de sélection.

Validité

La validité écologique a été étudiée dans une certaine mesure et l'on a trouvé des corrélations de l'ordre de r = 0,75 entre les notes au RBMT et les observations des thérapeutes sur le nombre d'échecs de la mémoire dans les domaines évalués par le RBMT. Une corrélation significative a aussi été remarquée entre les notes au RBMT et celles obtenues au test de mémoire de reconnaissance de Warrington, aux tests de mémoire immédiate des chiffres et de

mémoire logique de la WMS, et au test d'apprentissage de paires associées, au niveau $p<0,001$. Les évaluations des handicaps de fonctionnement de la mémoire par les thérapeutes ont également montré une corrélation significative avec les résultats au RBMT au niveau $p<0,001$, bien qu'aucune mention de l'évaluation de la gravité du handicap de mémoire n'ait été faite.

Des études de comparaison du RBMT avec un index de capacité n'ont pas encore été effectuées jusqu'à présent. En outre, les tentatives visant à isoler des groupes de malades en utilisant des analyses par grappe des notes obtenues au RBMT n'ont pas réussi.

m. Échelle d'intelligence pour adultes de Wechsler (WAIS et WAIS-R)

Ces tests[392] ont essentiellement pour but de fournir une évaluation fondamentale de l'intelligence, c'est-à-dire d'évaluer «[Traduction] le potentiel qu'a une personne d'adopter une conduite déterminée et utile»[393]. Ces tests ne visent pas en priorité à évaluer les aptitudes cognitives ou fonctionnelles de la personne, puisque l'intelligence n'est pas nécessairement synonyme d'adaptation en et par elle-même. Les compétences cognitives peuvent être la condition essentielle d'une conduite fonctionnelle et adaptée, mais elles n'en sont pas les seuls déterminants[394]. À cet égard, bien que deux personnes puissent manifester des résultats équivalents à la WAIS et à la WAIS-R, elles peuvent accuser des différences substantielles dans leur aptitude à faire face à leur environnement. En fait, une proportion importante de la variance du test n'est pas expliquée par les études d'analyses factorielles, ce qui suggère l'importance de facteurs non intellectuels dans la détermination du comportement. Environ 20 pour cent des rubriques de la WAIS-R sont soit nouvelles, soit substantiellement modifiées par rapport aux rubriques équivalentes de la WAIS.

Normes (WAIS)

Les données normatives sont fondées sur les résultats au test obtenus par

---

392 D. Wechsler *WAIS Manual: Wechsler Adult Intelligence Scale* (New York: The Psychological Corporation, 1955) et D. Wechsler *WAIS-R Manual: Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1981).

393 D. Wechsler *WAIS-R Manual: Weschler Adult Intelligence Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1981).

394 Ibid.

850 personnes âgées de 16 à 64 ans, divisées en sept catégories d'âge. La proportion de personnes par région, occupation et niveau d'instruction dans l'échantillon correspond à celle de la population américaine en général. Des normes typiques sont fournies pour les sous-échelles individuelles ainsi que pour les notes de QI composées. Les normes des sous-échelles ont une moyenne de 10 et un écart type de 3, tandis que les échelles de QI ont une moyenne de 100 et un écart type de 15.

Fidélité (WAIS)

Trois groupes d'âge ont été sélectionnés pour le calcul des coefficients de fidélité. Les coefficients de fidélité avec partage en deux pour les sous-tests individuels varient de 0,60 à 0,96. La fidélité des résultats de QI est la suivante: r = 0,96 pour le VIQ, r = 0,93 pour le PIQ, et r = 0,97 pour le FSIQ. Les erreurs types de la moyenne (SE_M) ont aussi été calculées. On obtient SE_M = 3,00 pour le VIQ, SE_M = 3,97 pour le PIQ, et SE_M = 2,60 pour le FSIQ. Ces trois composés sont en général les mesures les plus fiables obtenues avec la WAIS, et ils sont plus stables que toutes les notes obtenues aux sous-tests individuels.

Validité (WAIS)

Les intercorrélations entre la WAIS et l'échelle Stanford-Binet, Formule L, ont été calculées sur un échantillon de 52 hommes adultes de race blanche. Les corrélations avec l'échelle Stanford-Binet sont r = 0,86 pour le VIQ, r = 0,69 pour le PIQ, et r = 0,85 pour le FSIQ.

Les analyses factorielles de la WAIS ont mis en évidence trois facteurs fondamentaux, qui sont nommés la «Compréhension verbale», l'«Organisation de la perception» et la «Résistance à la distraction»[395]. Certaines études rapportent aussi l'existence d'un facteur «g» ou «général»[396].

Dans les études qui reposent sur la WAIS pour identifier les malades souffrant de dommages cérébraux, Kane, Parsons et Goldstein ont rapporté que 89,13 pour cent des sujets de contrôle étaient correctement classés tandis que 80,43 pour cent des malades souffrant de dommages cérébraux étaient correctement

[395] K. Parker *«Factor Analysis of the WAIS-R at Nine Age Levels between 16 and 74 Years»*. (1983) 51 Journal of Consulting and Clnical Psychology 302.

[396] A.B. Silverstein *«Factor Structure of the Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised»*. (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical Psychology 661.

classés sur la base tant du QI verbal que du QI de performance[397]. Ces auteurs signalent aussi que l'exactitude de cette classification n'est pas corroborée sur une base de cas par cas.

Normes (WAIS-R)

Les données normatives pour la WAIS-R ont été rassemblées pour un échantillon de 1880 personnes des États-unis, dont l'âge varie de 16 ans et 0 mois à 74 ans et 11 mois. Le pourcentage de personnes par groupe d'âge, d'occupation, de niveau d'éducation, de race, de résidence urbaine ou rurale, au sein de l'échantillon de normalisation se rapproche étroitement de la proportion de ces personnes dans la population américaine en général. Les comparaisons normatives sont établies sur la base des notes standard avec une moyenne de 100, un écart type de 15 pour les résultats de QI composés, et une moyenne de 10 et un écart type de 3 pour les notes aux sous-échelles individuelles. Les résultats ventilés selon l'âge sont fournis pour l'ensemble des sous-tests individuels.

Fidélité (WAIS-R)

Les coefficients de fidélité sont fournis pour l'ensemble des sous-tests. Les coefficients de fidélité test-retest sont donnés pour les tests de mémoire immédiate des chiffres et de code, et les coefficients de fidélité avec partage en deux sont fournis pour tous les autres sous-tests. La fidélité varie de 0,52 à 0,96, avec seulement 6 coefficients inférieurs à r = 0,70. Les fidélités moyennes test-retest pour les échelles composées sont les suivantes : r = 0,97 pour le VIQ, r = 0,93 pour le PIQ, et r = 0,97 pour le FSIQ[398]. L'erreur type moyenne de mesure (SE_M) à travers tous les groupes d'âge pour les échelles composées est la suivante : SE_M = 2,74 pour le VIQ, SE_M = 4,14 pour le PIQ et SE_M = 2,53 pour le FSIQ. Ainsi, l'intervalle de confiance de 95 pour cent pour un «vrai» FSIQ sera de 5,06 points. De plus, la fidélité de la notation obtenue à la WAIS-R a été démontrée comme étant adéquate, en ce sens que pour 39 évaluateurs, 77 pour cent des

[397] R.L. Kane, O.A. Parsons et G. Goldstein «*Statistical Relationships and Discriminative Accuracy of the Halstead-Reitan, Lucia-Nebraska, and Wechsler IQ Scores in the Identification of Brain Damage*». (1985) 7 Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology 211.

[398] D. Weschler, *WAIS-R Manual: Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1981).

résultats trouvés se situaient à l'intérieur de 1 SE_M du «vrai» résultat[399]. Naglieri présente les intervalles de confiance à travers les catégories d'âge pour le VIQ, le PIQ et le FSIQ[400]. Des intervalles sont signalées aux niveaux de confiance de 85, 90, 95 et 99 pour cent.

Une mise en garde présentée par Matarazzo et Herman porte sur le taux de base élevé des différences significatives entre le VIQ et le PIQ chez les sujets de l'échantillon de normalisation de la WAIS-R (N = 119) soumis à un test et à un retest[401]. Ceci peut représenter un taux de base élevé dans la population et indique qu'il est nécessaire d'exercer une certaine prudence lorsque l'on interprète ces différences.

Dans les études d'analyses factorielles de la WAIS-R, l'apparition de trois facteurs généraux a été signalée. Ces trois facteurs ont été désignés ainsi : «compréhension verbale», «organisation de la perception» et «mémoire». Parker a rapporté que la WAIS et la WAIS-R avaient toutes les deux les mêmes structures de facteurs sous-jacentes, mais il a appelé le troisième facteur la «résistance à la distraction»[402]. Blaha et Wallbrown ont aussi déclaré avoir trouvé le facteur verbal et le facteur de perception spatiale, mais le troisième facteur qu'ils ont signalé était un facteur «général» ou facteur «g» auquel chacun des 11 sous-tests contribuait, donnant ainsi une certaine force à la notion d'échelle de QI complète[403]. L'analyse factorielle des résultats obtenus par les malades en psychiatrie a aussi fourni une solution à trois facteurs comparable à celle qui a été établie pour la population normale[404].

---

[399] J.J. Ryan, A Prifitera et L. Powers «*Scoring Reliability on the WAIS-R*». (1983) 51 Journal of Consulting and Clinical Psychology 149.

[400] J.A. Naglieri «*Two Types of Tables for Use With the WAIS-R*». (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical Psychology 319.

[401] J. Matarazzo et D.O. Herman «*Base Rate Data for the WAIS-R: Test-Retest Stability and VIQ-PIQ Differences*». (1984) 6 Journal of Clinical Neuropsychology 351.

[402] K. Parker «*Factor Analysis of the WAIS-R at Nine Age Levels between 16 and 74 Years*». (1983) 51 Journal of Consulting and Clinical Psychology 302.

[403] J. Blaha et F.H. Wallbrown «*Hierarchal Factor Structure of the Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised*». (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical Psychology 652.

[404] L. Atkinson et J.J. Cyr «*Factor Analysis of the WAIS-R: Psychiatric and Standardization Samples*». (1984) 52 Journal of Consulting and Clinical Psychology 714.

Commentaires

La WAIS et la WAIS-R sont les tests neuropsychologiques les plus largement étudiés et normalisés qui ont été examinés du point de vue de leur application à l'évaluation de la capacité. Cependant, comme ces instruments évaluent l'intelligence et non les aptitudes cognitives ou fonctionnelles, ces tests n'ont qu'une utilité limitée en ce qui concerne l'évaluation de la capacité. La mesure de la conduite adaptée, qui n'est pas étroitement en corrélation avec le niveau d'intelligence, est plus importante à cet égard et devrait constituer la base du test.

n. Échelle de mémoire de Wechsler

L'échelle de mémoire de Wechsler (WMS)[405] visait à l'origine à évaluer les fonctions de mémorisation. Le test lui-même constitue un échantillon d'une vaste gamme d'aptitudes, dont l'information personnelle et actuelle, l'orientation, et le rappel immédiat de brefs paragraphes, de nombres, de paires de mots, et de figures géométriques. Le test donne un quotient de mémoire (QM), qui est un score fondé sur une moyenne de 100 et un écart type de 15. Ce score est le fruit d'un calcul qui maintient la moyenne du quotient de mémoire d'un groupe d'âge particulier au même niveau que le quotient intellectuel moyen à l'échelle de Bellevue pour ce même groupe d'âge[406]. L'addition officieuse d'un élément retardé de rappel par Russell augmente l'utilité clinique de la WMS[407].

Normes

Les données normatives pour l'échelle sont toujours fondées sur l'échantillon original de Wechsler de 1945, qui portait sur 200 sujets normaux observés au Bellevue Hospital à New York. L'éventail d'âge de ces sujets allait de 20 à 50 ans. Les normes furent extrapolées aux groupes plus âgés et plus jeunes. La proportion d'hommes et de femmes dans ce groupe n'a pas été signalée. Certaines normes préliminaires pour les sujets plus âgés (âgés de 60 ans et plus) ont été élaborées

---

[405] D. Wechsler et C.P. Stone *Wechsler Memory Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1945).

[406] Ibid.

[407] E.W. Russell «*A Multiple Scoring Method for the Assessment of Complex Memory Functions*». (1975) 43 Journal of Consulting and Clinical Psychology 800.

par Cauthen[408]. Les corrections d'âge n'ont pas été fournies. Cependant, ces normes donnent une idée de ce qui peut être considéré comme étant «dans les limites de la normalité» pour les personnes plus âgées.

Fidélité

Aucune donnée de fidélité n'est fournie par Wechsler dans le manuel original pour la WMS. Les quotients de fidélité test-retest varient grandement selon la population étudiée. Chez les schizophrénes, les coefficients varient de r = 0,17 à r = 0,70 après une lobotomie préfrontale. D'autres études test-retest n'ont rapporté aucun changement dans les moyennes de groupes du QM[409].

Les tests de fidélité avec partage en deux montrent un coefficient de r = 0,75, ce qui suggère que la WMS ne mesure pas un «facteur de mémoire» unique. Dans cette étude, les sujets étaient des enfants et des adolescents[410].

Les études de fidélité avec alternance de formule ont donné des corrélations de l'ordre de +0,80 à +0,83[411]. Les sujets de l'une de ces études étaient des malades souffrant de dépression avant et après une ECT unilatérale et le coefficient était simplement estimé dans l'autre étude.

Validité

Les études d'analyse factorielle ont montré que les sous-tests de la WMS reposaient de façon constante sur deux facteurs de base chez les populations de malades (surtout de neurologie et de psychiatrie), à savoir un facteur «mémoire» et un facteur «résistance à la distraction».

Les études portant sur des sujets normaux ont donné des conclusions légèrement différentes. Le facteur «résistance à la distraction» ne ressort pas

---

[408] N.R. Cauthen «*Extension of the Wechsler Memory Scale Norms to Older Age Groups*». (1971) 33 Journal of Clinical Psychology 208.

[409] G.P. Prigatano «*Wechsler Memory Scale: A Selective Review of the Literature*». (1978) 34 Journal of Clinical Psychology 816.

[410] A. Ivinskis, A. Allen et E. Shaw «*An Extension of Wechsler Memory Scale Norms to Lower Age Groups*». (1971) 27 Clinical Psychology 354.

[411] G.P. Prigatano «Wechsler Memory Scale: A Selective Review of the Literature». (1978) 34 Journal of Clinical Psychology 816.

clairement, tandis que le facteur «mémoire» ressort plus sous l'aspect de deux facteurs distincts reflétant l'apprentissage simple et l'apprentissage difficile. De plus, les corrélations entre les sous-tests sont, d'après les rapports, assez faibles.

Les corrélations entre le QM (quotient de mémoire) et le QI obtenu à l'échelle complète de la WAIS ont aussi été étudiées, et ces études montrent que les corrélations varient de r = 0,75 à r = 0,83 chez les malades en neurologie, ceux qui souffrent de blessures à la tête, et les malades des services de psychiatrie. Chez les enfants et les adolescents, les intercorrélations varient de r = 0,44 à r = 0,56[412].

Milner a suggéré qu'un quotient de mémoire de 12 points inférieur à la note de QI de l'échelle complète reflète un déficit de la mémoire verbale[413]. Les malades de Korsakoff ont montré des QI complets normaux, mais des quotients de mémoire de 16 à 20 points inférieurs aux limites normales, ce qui suggère là encore que des coefficients de mémoire plus faibles révèlent un déficit de la mémoire verbale.

Les études de validité de la construction visaient à évaluer si le quotient de mémoire de la WMS constitue effectivement un reflet de la mémoire verbale, et elles ont démontré que chez les malades ayant subi une thalectomie de l'hémisphère droit et de l'hémisphère gauche, seuls les malades ayant été traités à l'hémisphère gauche montraient une baisse significative de leur quotient de mémoire après l'opération, tandis que les deux groupes montraient une diminution des résultats du QI. Milner[414] signale que les malades ayant subi une lobectomie temporale gauche montrent des résultats post-opératoires au QM inférieurs par rapport aux malades ayant subi une lobectomie temporale droite. On observe surtout ce phénomène lorsque la lésion se trouve à l'intérieur du lobe temporal, et il pourrait ne pas être présent dans le cas de lésions du lobe frontal[415]. De plus, plusieurs études ont montré une diminution du quotient de mémoire pour un QI

---

412 G.P. Prigatano «*Wechsler Memory Scale: A Selective Review of the Literature*». (1978) 34 Journal of Clinical Psychology 816.

413 B. Milner «*Psychological Aspects of Focal Epilepsy and its Neurosurgical Management*». (1975) 8 Advances in Neurology 299.

414 Ibid.

415 V. Logue, M. Durward, R.T.C. Pratt, W. Piercy et W.L.B. Nixon «The Quality of Survival After Rupture of an Anterior Cerebral Aneurysm». (1968) 114 British Journal of Psychiatry 137.

moyen chez les malades souffrant d'amnésie avec différentes étiologies[416].

En général, les études qui ont visé à utiliser la WMS pour identifier les malades présentant ou non des dysfonctions cérébrales identifiables ont été dans une large mesure infructueuses. Le QM ne permet pas d'effectuer cette discrimination. Les études qui ont conçu des systèmes de notation particuliers pour tenter d'augmenter le caractère discriminant du test ont également largement échoué. La valeur de la WMS à titre de test de «dépistage» pour les dysfonctions cérébrales est douteuse.

o. Échelle de mémoire de Wechsler - révisée (WMS-R)

Comme dans le cas de l'échelle précédente, la WMS, la WMS-R[417] vise à évaluer les principales dimensions du fonctionnement de la mémoire. L'auteur explique qu'elle est conçue comme un dispositif de diagnostic et de dépistage pouvant être utilisé dans le cadre d'un examen clinique plus général qui demande l'évaluation des fonctions de la mémoire. Le test fournit cinq scores composés, de mémoire verbale, de mémoire visuelle, de mémoire générale (mémoire verbale plus mémoire visuelle), d'attention/concentration et de rappel différé. Une évaluation générale de l'orientation est aussi comprise dans le test, mais pas dans les résultats composés. Les scores bruts sont convertis en scores index qui ont une moyenne de 100 et un écart type de 15. À la différence de la WMS, un QM n'est pas signalé. Ce score est maintenant représenté par l'index de mémoire général et exclut les sous-tests d'attention/concentration. Quant à savoir si l'on a là maintenant un indicateur plus «pur» des fonctions de mémoire, cela reste encore à établir.

Normes

Un total de 300 personnes normales provenant de 6 groupes d'âges étaient incluses dans l'échantillon de normalisation. Les sujets étaient subdivisés pour comprendre 50 cas dans chacun de ces 6 groupes d'âges. À noter le fait que les données normatives sont fournies pour 9 groupes d'âges. Les normes ont été interpolées par une procédure d'estimation pour les groupes n'ayant pas fait l'objet

---

[416] G.P. Prigatano *«Wechsler Memory Scale: A Selective Review of the Literature»*. (1978) 34 Journal of Clinical Psychology 816.

[417] D. Wechsler *WMS-R: Wechsler Memory Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1987).

d'échantillonnage. La moyenne au FSIQ de la WAIS-R pour l'échantillon de normalisation est de 103,9 pour tous les groupes d'âges. Cela représente un QI de 0,26 écarts types au-dessus de la moyenne supposée de 100 pour la population. Bien qu'il ne s'agisse pas là d'une différence significative, et qu'elle se situe bien à l'intérieur de 1 SE_M, cela suggère que les normes de la WMS-R sont peut-être placées un petit peu plus haut qu'il ne le faut. Il est donc nécessaire de se souvenir de ce fait lorsqu'on évalue les résultats des sujets à la WMS-R.

Fidélité

Les coefficients test-retest pour les sous-tests de contrôle mental, d'associés visuels et d'associés verbaux sont respectivement r = 0,51, r = 0,58 et r = 0,60. Le reste des sous-tests a été évalué d'après des analyses de cohérence interne (avec partage en deux). Ces coefficients varient de 0,44 à 0,88. Pour les échelles d'index composés, les coefficients de fidélité (cohérence interne) sont les suivants : r = 0,81 pour la mémoire générale, r = 0,90 pour l'attention/concentration, r = 0,77 pour la mémoire verbale, r = 0,70 pour la mémoire visuelle et r = 0,77 pour le rappel différé pour l'ensemble des catégories d'âges échantillonnées (N = 151 pour l'échantillon total). La fidélité inter-évaluateurs a été évaluée pour la mémoire logique et la reproduction visuelle et les coefficients ont été de 0,99 et 0,97 respectivement. Les erreurs types de mesure (SE_M) pour les différents indices sont les suivantes : SE_M = 6,81 pour la mémoire générale, SE_M = 4,86 pour l'attention/concentration, SE_M = 7,29 pour la mémoire verbale, SE_M = 8,47 pour la mémoire visuelle et SE_M = 7,46 pour le rappel différé.

Validité

Les principales analyses de composantes signalent la présence de deux scores composites principaux, soit ceux de la mémoire générale et de l'attention/concentration. Cette structure de facteurs se retrouve pour l'ensemble de l'échantillon de normalisation aussi bien que de façon séparée à la fois dans un sous-échantillon de personnes plus jeunes (entre 16 et 44 ans) et un sous-échantillon de personnes plus âgées (de 55 à 74 ans). Une structure de facteurs similaire a été trouvée dans un échantillon clinique mixte de malades ayant un handicap de mémoire soupçonné ou établi.

Chelune et Bornstein ont signalé que les malades souffrant de lésions de l'hémisphère gauche (N = 59) obtiennent des résultats significativement inférieurs ($p<0,009$) à l'indice composé de mémoire verbale à ceux des malades souffrant de

lésions de l'hémisphère droit (N = 56)[418]. Ces auteurs signalent aussi une double dissociation des malades souffrant de lésions de l'hémisphère droit ou de l'hémisphère gauche du point de vue des mesures de la mémoire verbale et de la mémoire visuelle. Ce résultat tend à valider d'une manière préliminaire la WSM-R comme mesure des modalités spécifiques de la mémoire.

F. EXAMEN DES CRITÈRES ET DES INSTRUMENTS - RÉSUMÉ

Il existe une gamme très vaste et croissante d'instruments de tests, de techniques et de technologies qui peuvent être employés pour l'évaluation de la capacité. L'évolution rapide de la science en la matière et la nécessité d'une certaine souplesse excluent que nous recommandions des instruments déterminés pour l'évaluation de la capacité. Ce que nous pouvons et ce que nous allons recommander, ce sont des critères et certains principes directeurs à mettre en oeuvre pendant les évaluations formelles, en utilisant pour cela les meilleurs instruments, outils et technologies disponibles.

[418] C.J. Chelune et R.A. Bornstein «WMS-R Patterns Among Patients With Unilateral Brain Lesions». (1988) 2 Clinical Neuropsychologist 121.

XIV. ÉLÉMENTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

A. CONDITIONS ESSENTIELLES DE LA PRISE DE DÉCISION

Quatre conditions minimales doivent être remplies pour que l'on puisse dire qu'une décision a été prise. La personne doit[419] :

1) être informée qu'elle doit prendre une décision
2) obtenir l'information pertinente pour sa prise de décision
3) traiter l'information dans le cadre de sa prise de décision
4) communiquer sa décision

Une inaptitude à communiquer[420] peut entraîner une détermination inappropriée d'incapacité dans de nombreuses situations. C'est pourquoi, en tant que condition préalable nécessaire à l'exécution de l'évaluation, des efforts doivent être faits pour identifier les difficultés de communications et les régler, le cas échéant. Il faut donc faire tous les efforts raisonnables pour surmonter les différences d'ordre linguistique, social ou culturel entre le décideur et l'évaluateur. Ceci demande également que les obstacles éventuels d'ordre médical ou d'autres obstacles physiologiques soient diagnostiqués et corrigés, dans la mesure du possible. Il faudrait aussi que l'évaluation soit faite autant que possible dans la langue maternelle du décideur. Lorsque cette suggestion ne peut être mise en oeuvre, il faudrait employer un interprète pour aider dans le processus. L'utilisation de la langue maternelle en tant que langue d'évaluation est particulièrement importante

---

[419] M.P. Alexander «*Clinical Determination of Mental Competence: A Theory and Retrospective Study*». (1988) 45 Arch. Neurol. 23 pp. 23-24 met en évidence trois éléments dans la prise compétente d'une décision :

1) La reconnaissance qu'une décision doit être prise
2) L'activation de mécanismes cognitifs pour traiter la décision
3) La mise en oeuvre de la décision.

Center for Research & Education in Human Services, «Choices and Obligations - A Look at Personal Guardianship - Policy Analysis Paper N° 3», (Toronto: Ministry of Community and Social Services, 1988) à la page 9 cite Marlett comme source d'«un modèle conceptuel consistant en des aptitudes cognitives, une capacité fonctionnelle et des connaissances sociales pour fonder cette détermination».

[420] Les problèmes de communication peuvent être le produit d'une vaste gamme de facteurs sociaux, culturels, ou physiques, et il faut par conséquent prendre soin d'éviter de conclure par erreur à l'incapacité mentale à propos de personnes dont la seule incapacité se rapporte à de telles aptitudes à communiquer diminuées.

dans le cas des enfants[421].

L'aptitude à communiquer est également impliquée dans l'étape 2), mais, de façon encore plus importante, cette étape nous rappelle qu'une décision «éclairée» implique que la personne ait reçu tous les renseignements nécessaires importants grâce auxquels elle peut décider. Comme il a été dit précédemment, un certain nombre d'études empiriques ont, à notre avis, été marquées par un défaut grave du fait que les chercheurs n'ont pas vérifié que les sujets de test avaient reçu tous les renseignements sur lesquels ils ont été testés par la suite. La collecte des renseignements fait aussi intervenir l'interprétation et l'internalisation de «faits», et elle met en évidence l'impossibilité de séparer les faits de leur contexte social. Tous les renseignements comprennent des composantes à la fois de «faits» et d'«opinions»[422]. Ceci pose le problème de la distinction entre les interprétations capables mais dissidentes de l'information et celles qui sont le fruit de l'incapacité. Par conséquent, des allégations d'incapacité doivent seulement être faites sur cette base moyennant les mesures de sauvegarde procédurales les plus rigoureuses, et le plus grand soin doit être pris pour garantir que les préférences des personnes et leur autonomie sont reconnues comme fondamentales.

La transition de 2) à 3) demande que le décideur soit capable de se souvenir des renseignements pertinents assez longtemps pour pouvoir les traiter et prendre une décision. L'aptitude à traiter l'information est au coeur de la capacité décisionnelle, et cela donne lieu aux plus grandes difficultés dans l'évaluation de la capacité. Les tests de l'aptitude à traiter l'information et les autres paramètres de la capacité seront discutés plus en détail dans les prochaines sections.

B. ÉLÉMENTS D'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE

1. Cognition

Traite des facteurs suivants :

---

[421] À cet égard, l'importance de l'offre de services de soins de santé en français aux enfants a été soulignée dans la soumission de Denis Fortin, de la Direction des services de santé en français du ministère de la Santé, datée du 27 octobre 1989.

[422] La difficulté qui se pose de façon inévitable lorsqu'on essaie de distinguer les faits des opinions a été discutée dans *Operation Dismantle Inc. c R.* (1985), [1985] 1 R.C.S. 441, [1985] S.C.J. N° 22, pp. 29-30, (juge Wilson).

a. Sensorium - conscience et orientation;
b. Mémoire - rétention et évocation immédiates, mémoire à court terme et mémoire à long terme;
c. Tâches intellectuelles - faculté de compter et de calculer, jugement et perspicacité, et aptitude à l'abstraction.

Dans ce domaine, les tests de jugement, d'aptitude à l'abstraction et de perspicacité sont ceux qui sont le plus susceptibles de donner lieu à des préjugés de la part de l'évaluateur. La distinction entre des déviations par rapport aux normes de type social et médical plutôt que psychiatrique, doit être gardée à l'esprit, et l'étendue complète des différences humaines doit être respectée. Des tests purement cognitifs permettraient dans beaucoup de cas de détecter les personnes qui sont globalement incapables, mais ils ne sont pas étalonnés assez finement pour discriminer des niveaux d'aptitude limite. Nous allons tester en priorité les éléments de la capacité décisionnelle et du fonctionnement social qui se rapportent à la situation décisionnelle en question. Le problème que posent la plupart des tests, y compris l'examen de l'état mental, c'est qu'ils se préoccupent de diagnostic (ou de traitement) spécifiques, telles que la psychopathologie ou les troubles organiques, qui peuvent ne pas être directement reliées à la capacité décisionnelle, excepté dans des circonstances extrêmes où le fonctionnement est gravement compromis. En conséquence, les critères cliniques de la capacité décisionnelle doivent être compris comme ayant certains éléments en commun avec les tests de diagnostic, mais doivent être définis de façon unique afin de viser directement les aptitudes fonctionnelles de la personne.

2. Contenu de la pensée

Le contenu de la pensée englobe la présence de suspicion, de méfiance et d'idéation paranoïde, de même que de délires ou de fausses idées fixes qui ne semblent pas s'accorder avec la culture ou la réalité de la personne. Les délires présentent l'un des plus grands défis à l'évaluation de la capacité, dans la mesure où une mince ligne peut être tout ce qui sépare le délire de la réalité. Les délires doivent être traités avec beaucoup de prudence, et on doit se protéger avec des garanties procédurales additionnelles, afin de s'assurer que les droits de la personne ne sont pas enfreints.

3. Processus mental

L'examen du processus mental comprend l'évaluation du volume et du flux de la pensée, de sa pertinence, de sa cohérence, et de sa logique, de même que la détection de plusieurs autres facteurs tels que la présence de blocage mental et de néologismes. L'évaluation de ces paramètres est sujette à coloration et à préjugé en faveur du respect des normes sociales. En particulier, la pertinence, la cohérence et la logique sont généralement testées dans le but de rendre les perceptions d'une personne conformes à celles aux perceptions généralement considérées normales.

4. Conduite

La conduite antérieure peut être très significative comme source d'évidence de l'aptitude du décideur à effectuer un choix acceptable relativement à une décision spécifique, et elle est particulièrement significative dans les cas où une déviation soudaine par rapport au comportement et aux modèles de préférence enracinés corrobore le diagnostic de quelque condition médicale et établit un profil compatible avec une preuve d'incapacité.

5. Paramètres fonctionnels spécifiques au contexte

Puisque les paramètres fonctionnels tendent à être particuliers à un contexte, ces facteurs seront examinés dans les paragraphes présentant les tests proposés pour chacun des types de capacité que l'Enquête a étudié.

C. ÉLÉMENTS DE LA CAPACITÉ DÉCISIONNELLE - RÉSUMÉ

La capacité décisionnelle demande que l'information requise pour que la personne soit capable de prendre une décision éclairée soit bien communiquée et bien diffusée. Parmi les éléments de la capacité décisionnelle qui doivent être évalués, notons : la cognition ou l'appareil sensoriel, les capacités intellectuelles et celles de la mémoire; le contenu de la pensée; le processus mental; la conduite; et les paramètres fonctionnels spécifiques au contexte.

XV. PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ

Nous proposons que l'approche en quatre étapes pour l'évaluation de la capacité qui est décrite ci-dessous soit employée afin de faciliter l'opérationnalisation des considérations discutées précédemment.

Seuil - Lorsque la capacité d'une personne est mise en doute pour une raison identifiable, comme un acte suggérant une incapacité ou l'occurrence d'un événement défini (internement, admission dans une maison de soins infirmiers, etc.), on dira que la personne a réussi le test de seuil et qu'elle peut être soumise au test de dépistage. Au moment de l'admission, l'évaluation devrait englober la capacité de prendre des décisions financières et des décisions en matière de traitement (d'un genre approprié aux circonstances), de même que la capacité de nommer un décideur subrogé.

Test de dépistage - Il s'agit d'un test simple qui peut être administré par un profane qui a été formé pour exécuter cette tâche. S'il est réussi, la personne sera traitée comme capable à moins qu'une autre partie ne fournisse des preuves concluantes du contraire, auquel cas une évaluation formelle pourra être effectuée. Dans le cas où la personne échoue au test de dépistage, elle sera alors soumise à une évaluation formelle avant qu'une conclusion officielle d'incapacité ne soit tirée.

Évaluation formelle - L'évaluation formelle doit être effectuée par une personne autre que le «dépisteur» et comprend deux étapes distinctes. La première consiste à examiner l'impact éventuel de la décision. Dans les cas où l'on détermine qu'aucun impact significatif ne risque d'en résulter, l'évaluation prendra fin et le choix de la personne prévaudra dans la mesure où elle sera capable d'exprimer un choix clair. Si un impact significatif est probable, l'évaluateur devra alors effectuer une évaluation complète. À partir de ces tests, et de l'application des critères à la lumière des principes exposés dans ce rapport, l'évaluateur procédera à une détermination de la capacité de la personne à prendre la décision en question. Afin de protéger l'autonomie du décideur, il sera nécessaire dans la plupart des cas qu'un défenseur des droits des malades ou une autre personne agissant comme représentant du décideur participe à cette détermination et que la personne ou son représentant soit en mesure de déclencher le processus de révision par le conseil de révision.

Conseil de révision - Le conseil de révision appliquerait les mêmes critères que ceux employés lors de l'évaluation formelle, et il serait possible d'en appeler de ses décisions auprès de la Cour de district de la manière exposée dans la *Loi sur la santé mentale*.

A. TEST DU SEUIL

Tant les préoccupations pratiques que les principes philosophiques exigent que la présomption de capacité soit forte, et donc que le seuil qui doit être franchi avant qu'une personne ne soit soumise à un test complet de capacité soit relativement élevé. Pour cette raison, nous proposons que dans les conditions normales[423] une personne devrait échouer aux deux niveaux d'évaluation préliminaire (le premier étant le test du seuil, le second le test de dépistage) avant d'être soumise à une évaluation formelle. Pour ces personnes, le test du seuil demande un comportement suffisamment déviant dans les circonstances pour attirer l'attention sur la personne et soulever des doutes sur sa capacité mentale. Cette détermination serait normalement effectuée par un professionnel dans une relation de confiance avec la personne dont la capacité est en question. Ainsi, un psychiatre, un médecin non-psychiatre, un psychologue, un avocat, un comptable, ou un autre professionnel du même type, pourrait décider qu'une personne devrait être évaluée au moyen d'un test de dépistage.

En pratique, nous reconnaissons que les personnes qui effectueront l'évaluation du seuil ne seront pas, pour la plupart, formées pour effectuer des évaluations de la capacité. Aussi est-il déraisonnable de s'attendre à ce qu'elles soient capables de mesurer avec finesse les considérations et les facteurs discutés ci-dessus. Les évaluateurs risquent pour cette raison de placer un poids indu sur les conséquences d'une décision plutôt que d'analyser correctement le processus de prise de décision de la personne.

Les exposés reçus par l'Enquête nous rappellent que des personnes peuvent subir un dommage soit en étant par erreur caractérisées comme incapables, soit en étant classées comme capables quand elles sont en réalité incapables. En ce qui concerne le dernier groupe, nous sommes particulièrement préoccupés par les personnes consentantes qui sont internées et incapables. Afin de protéger ce groupe sans imposer le fardeau d'une évaluation formelle de la capacité à tout le monde, l'on propose que les personnes internées dans un hôpital psychiatrique ou admises dans certains établissements pour soins chroniques (pendant une très longue période) soient automatiquement soumises au test de dépistage, afin d'évaluer leur capacité à consentir au traitement ou à gérer leurs biens. Nous remarquons que dans certaines situations, l'examen de la capacité devrait être fait

[423] Les conditions normales étant définies de façon lâche étant donné l'absence de possibilité de conditions institutionnelles coercitives.

avant l'admission de façon à garantir que la personne est capable de donner un consentement valable à l'admission.

B. TEST DE DÉPISTAGE

Le test de dépistage serait administré par un évaluateur profane ou professionnel qui a été formé précisément pour exécuter cette tâche. Contrairement à l'évaluation du seuil, ce test se concentre sur les aptitudes fonctionnelles de la personne, et donne relativement peu d'importance aux conséquences probables de la décision en jeu. Le test de dépistage, tel que présenté ci-dessous, tient compte de plusieurs paramètres qui ont été étudiés de façon approfondie dans le cadre de l'examen de l'état mini-mental de Folstein[424], avec l'adjonction de quelques questions supplémentaires destinées à refléter les prérequis particuliers de la décision en jeu dans une situation particulière. La série de questions recommandée est la suivante :

Orientation

1) Savez-vous qui vous êtes, pouvez-vous nous dire votre nom? (1 point)

2) Savez-vous où vous êtes? (pays, province, ville, adresse) (4 points)

3) Savez-vous en quels saison, mois et année nous sommes? (3 points)

Enregistrement et mémoire à court terme

4) Nommez trois objets, à une seconde d'intervalle. Puis demandez à la personne de répéter les noms des trois objets. (3 points) Répétez le processus jusqu'à ce que la personne les ait appris tous les trois, jusqu'à un maximum de six fois.

---

[424] M.F. Folstein, S.E. Folstein et P.R. McHugh "Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician", (1975) 12 Journal of Psychiatric Research 189; voir la discussion du MMS dans le paragraphe précédent sur les instruments neuro-psychologiques. L'utilisation du MMS comme test de dépistage, et ses limites, sont discutées dans J.C. Anthony, U. Niaz, L.A. LeResche, M.R. VonKorff et M.F. Folstein "Limits of the 'Mini-Mental State' as a Screening Test for Dementia and Delirium Among Hospital Patients", (1982) 12 Psychological Medicine 397.

Attention et calcul

5) Demandez à la personne de compter à l'envers de 7 en 7 à partir d'un nombre proche de 100; si elle en est incapable, demandez-lui à la place d'épeler le mot «monde» à l'envers. (5 points)

Évocation

6) Demandez à la personne de répéter à nouveau les noms des trois objets. (3 points)

Langage

7) Répétez ce qui suit : «pas de si, de et ou de mais». (1 point)

8) Lisez ce qui suit et obéissez : «fermez les yeux». (2 points)

9) Écrivez une phrase. (1 point)

Compréhension

Le décideur doit être informé de la nature de la décision, des options disponibles, et des avantages et inconvénients qui y sont associés.

10) Quelle est la décision que l'on vous demande de prendre? (1 point)

11) Pourquoi devez-vous prendre cette décision, et quelles options avez-vous? (2 points)

12) Pouvez-vous me dire quels sont les avantages et les inconvénients de chaque option? (4 points)

Ce test est suffisamment simple pour être administré par des profanes après une période de formation relativement brève. La première étape consiste à mettre le décideur à l'aise et à s'assurer qu'il n'y a pas de problèmes de communication (comme des difficultés sensorielles ou motrices) ou d'autres facteurs (comme des

incompatibilités sociales ou culturelles) qui pourraient influencer négativement la performance de la personne au test. L'évaluation devrait se concentrer sur les aptitudes «fonctionnelles» plutôt que «formelles» de la personne et de cette façon refléter son aptitude à opérer[425]. L'évaluateur devrait s'efforcer d'établir une bonne relation avec le décideur et devrait s'assurer qu'il consent à l'évaluation et y coopère. Pendant celle-ci, l'évaluateur devrait encourager le décideur en lui faisant des éloges, et il devrait éviter d'insister en ce qui concerne les questions qui se révèlent difficiles. Ou encore, l'évaluateur devrait passer à la question suivante afin d'éviter d'engendrer de la frustration et un manque de coopération. Les questions devraient être posées dans le même ordre que ci-dessus et elles devraient être notées au moment où les réponses sont données. Les instructions à donner pendant l'administration du test sont les suivantes :

Orientation

1) Demandez le nom de la personne. Comptez un point si elle donne un prénom et un nom. (1 point)

2) Demandez à la personne le nom de l'établissement (ou l'adresse, si elle n'est pas dans un établissement), puis demandez-lui le nom de la ville ou de la cité, de la province, et du pays. Comptez un point pour chaque bonne réponse.

(4 points)

3) Demandez à la personne en quels saison, mois et année nous sommes. Comptez un point pour chaque bonne réponse. (3 points)

---

[425] B.S. Nolan "Functional Evaluation of the Elderly in Guardianship Proceedings". (Octobre 1984) Law, Medicine & Health Care aux p. 210 à 211 caractérise la distinction comme suit :

> [Traduction] L'évaluation fonctionnelle diffère d'autres types d'évaluation et de diagnostic principalement par sa concentration sur le **comportement résultant**. L'évaluateur fonctionnel note la mesure dans laquelle un sujet accomplit d'une manière effective les activités de la vie quotidienne. Ainsi, par exemple, lorsque le défendeur est désorienté du point de vue de la date et de l'heure, mais utilise les annonces des journaux et de la télévision comme signaux afin de compenser ce déficit, l'évaluation fonctionnelle considérerait l'adaptation comme une utilisation effective des ressources. Par contraste, une évaluation formelle de l'état mental enregistrerait négativement la désorientation.

Enregistrement et mémoire à court terme

4) Demandez à la personne si vous pouvez tester sa mémoire. Puis nommez trois objets sans lien, lentement et clairement, à environ une seconde d'intervalle. Après les avoir nommés tous les trois, demandez au décideur de les répéter. Ce test détermine le score (comptez 1 point pour chaque bonne réponse), mais quel que soit le score, répétez le processus jusqu'à ce que la personne les ait appris tous les trois et puisse les répéter, jusqu'à un maximum de six fois.

(3 points)

Attention et calcul

5) Choisissez un nombre proche de 100, et demandez à la personne de commencer à ce nombre et de compter à l'envers de 7 en 7. (Par exemple, si 99 était le nombre de départ, la séquence correcte serait 99, 92, 85, 78, 71, 64). Arrêtez après 5 soustractions et donnez un point pour chaque soustraction correcte. Si la personne ne veut pas ou n'est pas capable de compter à l'envers de 7 en 7, demandez-lui d'épeler le mot «monde» à l'envers. Accordez un point pour chaque lettre dans l'ordre correct.

(5 points)

Évocation

6) Demandez à la personne de répéter les trois mots qu'elle a appris plus tôt. Donnez un point pour chaque bonne réponse.

(3 points)

Langage

7) Demandez à la personne de répéter l'expression : «pas de si, de et ou de mais». Si elle la répète correctement, accordez 1 point. (1 point)

8) Demandez à la personne de lire ce qui suit et d'obéir : «fermez les yeux». Accordez un point si elle est capable de lire la phrase, et un point si elle ferme les yeux. (2 points)

9) Demandez à la personne d'écrire une phrase. Accordez un point si elle écrit une phrase qui contient un verbe et un sujet et a du sens. Une grammaire, une orthographe et une ponctuation correctes ne sont pas requises.
(1 point)

Compréhension

10) Informez le décideur de la nature de la décision qu'il est appelé à prendre (s'il n'y a pas de décision spécifique en jeu dans l'évaluation, créez-en une hypothétique), des options qui sont disponibles, et des avantages et inconvénients de ces options. Demandez-lui quelle est la décision qu'elle doit prendre. Accordez un point si elle identifie correctement la décision.
(1 point)

11) Demandez à la personne pourquoi elle doit prendre cette décision et quelles sont les options dont elle dispose. Accordez un point pour une raison qu'elle a de prendre la décision et un point si elle identifie au moins deux options. (2 points)

12) Demandez à la personne quels sont les avantages et les inconvénients des options. Vous pouvez rafraîchir sa mémoire en ce qui concerne les options, si nécessaire. Accordez un point pour un avantage pour chacune des deux options, et accordez un point pour un inconvénient pour chacune des deux options. (4 points)

Les extraits qui suivent sont des affirmations qui ont été faites par les auteurs du MMS, et elles devraient donc être également applicables aux neuf premières questions du test ci-dessus[42b].

[Traduction]
Le MMS est un test valide de la fonction cognitive. Il distingue les malades présentant des troubles cognitifs de ceux qui n'en présentent pas. Ses scores suivent les modifications de l'état cognitif quand les malades se rétablissent, s'ils se rétablissent...

[42b] M.F. Folstein, S.E. Folstein et P.R. McHugh "Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician". (1975) 12 Journal of Psychiatric Research aux p. 189 à 195.

... Puisqu'il s'agit d'une évaluation quantifiée de l'état cognitif dont la fidélité et la validité sont démontrées, il rend plus objectif ce qui est ordinairement pendant l'évaluation d'un malade une impression vague et subjective d'inaptitude cognitive. Il peut facilement fournir cette quantification car il ne demande que quelques minutes pour être complété. Il peut être répété pendant une maladie et montre peu d'effet dû à la répétition. Il est donc idéal pour des mesures initiales et sérielles de cet important aspect du fonctionnement mental et peut mettre en évidence une détérioration ou une amélioration de celui-ci avec le temps et selon le traitement.

• • •

Puisque le MMS est extrait de l'examen clinique, il présente un avantage pour l'évaluation des malades et des problèmes cliniques qui ne sont pas aussi évidents avec des tests comme la WAIS qui sont conçus pour d'autres objectifs, comme la prédiction de la performance à l'école ou au travail. Ainsi, des échecs au MMS quant à l'orientation, la mémoire, la lecture et l'écriture, ont des répercussions bien plus évidentes, du point de vue de la capacité d'un malade à prendre soin de lui-même, que des échecs aux sous-tests de chiffres ou symboles, d'achèvement d'image ou de vocabulaire de la WAIS. Ces répercussions du score MMS sont facilement évaluées par d'autres professionnels comme les avocats, les juges et les travailleurs sociaux préoccupés par des problèmes comme la capacité du malade à gérer ses affaires quotidiennes. Il peut donc contribuer à apporter au malade le soutien social dont il a besoin.

Le MMS a été étudié à l'École de médecine Johns Hopkins et a été administré à 97 malades admis consécutivement à cet hôpital. Le but de cette enquête était l'évaluation de l'utilisation du MMS pour juger des personnes se situant dans une vaste gamme de catégories, tant diagnostiques que démographiques. En particulier, elle cherchait à inclure les personnes qui ne demandaient pas de traitement psychiatrique, et celles qui faisaient partie des groupes de statut socio-économique et de niveau d'éducation inférieurs. Ces classes de personnes avaient été sous-représentées dans les études précédentes. Cette étude[427] permet de confirmer l'utilité de cet instrument comme test de dépistage, nous aide à établir le niveau de succès ou d'échec, et permet d'identifier certains facteurs qui devraient être pris en considération lorsqu'on administre ce test. L'étude a établi que le MMS était sensible à 87 pour cent et spécifique à 82 pour cent pour détecter la démence et le délire parmi les malades hospitalisés dans un service de médecine générale. Le taux de faux positifs trouvé était de 39 pour cent, et on a trouvé que toutes les personnes de cette catégorie avaient moins de 9 années d'éducation et que beaucoup d'entre elles étaient âgées de plus de 60 ans. Le taux de faux négatifs était de 5 pour cent. La fidélité test-retest était de 0,89 ou mieux, et la fidélité inter-évaluateurs de 0,82 ou plus.

[427] Cette étude a été présentée dans J.C. Anthony, U. Niaz, L.A. LeResche, M.R. VonKorff et M.F. Folstein "Limits of the 'Mini-Mental State' as a Screening Test for Dementia and Delirium Among Hospital Patients". (1982) 12 Psychological Medicine 397.

Les résultats notés ci-dessus sont fondés sur l'utilisation d'un score critique de 23 ou 24 sur 30 et donnèrent lieu à 39,4 pour cent de déterminations faux positif et 4,7 pour cent de déterminations faux négatif, lorsque comparés à des diagnostics psychiatriques administrés indépendamment fondés sur le critère de démence et de délire du DSM-III et d'autres examens psychiatriques. Nous avons noté que selon cette étude, le MMS tend à engendrer un nombre disproportionné de faux positifs parmi les personnes qui ont une huitième année ou moins, et par conséquent réduire le score critique pour ce groupe à 20 ou 21 sur 30 aurait pour résultat l'élimination de la majorité des faux positifs. Compte tenu de la présence du test additionnel sur la compréhension, nous recommandons l'utilisation générale d'un seuil critique de 18 ou 19 sur 23 pour les neuf premières questions et l'utilisation d'un seuil critique réduit de 15 ou 16 sur 23 pour les personnes de niveau d'éducation inférieur au secondaire. Nous recommandons de fixer le seuil critique pour les autres questions, les trois qui traitent de la compréhension de la décision par la personne, à 4 ou 5 sur 7 pour toutes les personnes. Un échec à l'une ou l'autre partie du test de dépistage demanderait que la personne subisse une évaluation formelle.

Le test de dépistage est conçu pour produire un nombre faible (approximativement 5 pour cent) de faux négatifs au test de détérioration cognitive. Cette exigence, couplée à celle qui concerne la compréhension effective de la décision, devrait entraîner un nombre minimal de faux négatifs sans produire un nombre excessif de faux positifs. Le test est conçu pour évaluer la mémoire, les fonctions cognitives simples, et l'aptitude du décideur à assimiler l'information et à comprendre les éléments importants d'une décision. Si une personne réussit ce test, elle doit être considérée comme capable et ne sera pas évaluée formellement à moins que la partie alléguant l'incapacité ne soit capable de produire une solide preuve *prima facie* d'incapacité, et par là de justifier le fait de ne pas tenir compte des résultats du test de dépistage. Quoique les exigences en matière d'arguments *prima facie* solides varieraient avec le contexte, elles incluraient en général la possibilité d'un préjudice grave au bien-être, soit physique, soit financier de la personne, s'il était autorisé à poursuivre son choix préféré, en plus d'une preuve concluante d'un manque de compréhension ou d'appréciation des facteurs pertinents en jeu dans la décision.

C. ÉVALUATION FORMELLE

La première étape de l'évaluation formelle consiste à envisager les conséquences de la décision. Il s'agit d'établir s'il y a ou non impact significatif.

Une décision sera dite avoir un impact significatif lorsqu'elle met en péril un pourcentage important de la valeur nette de la personne dans les situations touchant des questions financières, ou met en danger la santé physique de la personne dans le cas d'une décision en matière de traitement. L'impact d'une décision concernant la désignation d'un subrogé ou la divulgation des dossiers médicaux serait fondé sur les conséquences éventuelles de la décision[428]. Si la conclusion de cette évaluation est que la décision n'entraîne aucun impact significatif, l'évaluation sera terminée, excepté dans les cas où la personne est incapable d'exprimer un choix clair, et les souhaits de la personne prévaudront. Un haut degré d'incertitude quant aux conséquences attendues devrait être considéré comme une preuve que la décision n'a aucun impact significatif.

Nous recommandons que l'évaluation formelle :

1) prenne la forme d'une nouvelle évaluation plutôt que celle d'une révision du test de dépistage;

2) entraîne la notification des droits et la nomination d'un défenseur des droits du malade dans les contextes dans lesquels ceux-ci sont disponibles, ainsi qu'une notification à la personne de son droit de contacter un avocat ou une autre personne de confiance;

3) implique d'informer le décideur qu'une détermination d'incapacité est sujette à révision par le conseil de révision et qu'un second test de dépistage peut également être demandé;

4) se termine par un rapport qui serait annexé au dossier médical.

Nous recommanderions que cette évaluation soit effectuée par des professionnels dûment qualifiés[429], qui auraient reçu une formation pour évaluer la capacité dans ce domaine, en plus de leur formation professionnelle habituelle.

---

[428] On doit noter, cependant, que cette disposition de l'évaluation de la capacité décisionnelle n'exclut pas un examen médical plus poussé à des fins de diagnostic, y compris la recommandation d'un traitement pour les états qui pourraient entraîner une détérioration de la capacité de l'individu.

[429] Nous envisagerions cette catégorie comme incluant les psychiatres, les médecins non-psychiatres, et les psychologues.

L'évolution de la pratique en ce qui concerne l'examen de la capacité fait qu'il est à la fois peu pratique et peu désirable d'essayer de définir de façon définitive les instruments, tests et procédures qui devraient être appliqués à cet égard[430]. Nous nous en remettons, par nécessité, à la compétence et à la bonne foi des professionnels à qui est donnée la responsabilité de faire ces évaluations pour qu'ils appliquent les instruments, les technologies et les pratiques les plus efficaces qui sont à leur disposition. Les indications que nous présentons prennent la forme d'instructions générales quant à la nature des paramètres à évaluer et aux principes qui devraient guider les procédures d'évaluation. Comme dans le cas du test de dépistage, les préoccupations préliminaires englobent celles qui traitent de l'aptitude du décideur à communiquer et à participer à l'évaluation de la capacité, et de sa bonne volonté à le faire. Puisqu'une évaluation significative nécessite la coopération et le consentement[431] du décideur, tous les efforts raisonnables pour les obtenir devraient être faits avant d'entreprendre une évaluation, y compris s'assurer l'aide d'amis ou de parents. L'évaluateur devrait aussi s'assurer que le décideur a été informé, au moyen d'un langage approprié, de la nature de la décision, des choix qui lui sont offerts, et des conséquences probables de ces choix, avant d'entreprendre tout examen des capacités de la personne en ce qui concerne sa décision.

En évaluant la capacité de la personne, l'évaluateur devrait faire tous les efforts possibles pour réduire ou éliminer les éléments subjectifs de la décision. En particulier, l'évaluateur devrait utiliser une approche cohérente et structurée dans l'évaluation, afin d'éviter de laisser ses propres attentes influencer, par inadvertance, le résultat[432].

---

[430] À cet égard, nous relevons en particulier la recherche qui est actuellement en cours au Centre Baycrest (voir M. Silberfeld, W.R.C. Harvey, B.M. Dickens et R.J. Pepper-Smith "A Competency Clinic for the Elderly at Baycrest Center", (1988) Advocates Quarterly 23, le travail qui est effectué à l'Institut Clarke, et les différents projets explorant des questions apparentées aux États-Unis.

[431] Le sous-thème du consentement est discuté plus en détail au paragraphe suivant.

[432] Pour une discussion de la manière dont les attentes peuvent influer sur les évaluations, voir R.E. Kendell "An Important Source of Bias Affecting Ratings Made by Psychiatrists", (1968) 6 Journal of Psychiatric Research 135, qui, après avoir noté que ce facteur représentait un problème important, concluait à la page 140 :

[Traduction]
Plus important que le fait de démontrer l'existence de biais est l'introduction de mesures pratiques pour les réduire. ... il est clair que les biais sont encouragés par la nature de l'entrevue clinique non structurée ordinaire, laquelle laisse à l'évaluateur un champ illimité pour modifier l'énoncé de ses questions en fonction des réponses qu'il prévoit, pour omettre des questions ou en introduire de

L'évaluation devrait tenir compte des facteurs suivants :

antécédents médicaux pertiments;
évaluation médicale appropriée (examen physique, y compris des tests diagnostiques);
étiologie présumée;
évolution et gravité de l'état qui cause la déficience;
apparence et affect;
humeur;
comportement (les renseignements ne devraient pas seulement provenir des antécédents cliniques mais également des observations faites par des amis, des membres de la famille, etc.);
intelligence (surtout la capacité d'abstraction, le raisonnement, la perspicacité et le jugement);
mémoire (pour des événements récents et lointains);
sensorium (conscience et orientation);
contenu de la pensée (suspicion, idéation paranoïde, idées délirantes, etc.);
processus mental (volume et déroulement de la pensée, logique, cohérence, etc.);
compétence linguistique (aptitude à comprendre le langage oral et écrit et à s'exprimer par lui);
conscience de l'état de santé et de l'état financier actuels;
apprentissage;

Ces paramètres doivent ensuite être examinés dans le contexte des préoccupations et principes qui ont été présentés aux paragraphes précédents de ce rapport afin de déterminer la capacité de la personne à prendre cette décision particulière.

Deux problèmes qui sont tout à fait difficiles à évaluer sont les délires sans autres déficits apparents et les perturbations du lobe frontal.

Les délires sont particulièrement importants, puisque ce diagnostic fournit une justification potentielle pour l'exercice illimité du paternalisme. À cet égard,

supplémentaires comme il le juge bon, et, en retardant la notation jusqu'à la fin de l'entrevue, pour oublier ou passer sur l'imprévu. Ces sources d'erreurs pourraient toutes être éliminées si des plans d'entrevue structurés étaient utilisés, stipulant l'ordre et l'énoncé des questions, définissant les critères, et assurant que les domaines pertinents de la psychopathologie sont couverts également et uniformément.

les cas les plus difficiles sont ceux où la personne ne présente pas d'autres symptômes identifiables, si ce n'est le délire[433]. Les délires devraient être considérés seulement s'ils influent matériellement sur l'aptitude de la personne à prendre la décision en question. Cependant, afin d'assurer une protection appropriée dans les cas où un délire est la seule déficience psychologique détectée chez la personne, nous proposons que dans de tels cas l'évaluateur ne puisse utiliser le délire comme fondement d'une conclusion d'incapacité que si :

1) la décision est communiquée à un défenseur des droits des malades ou à une autre personne représentant le décideur;

2) le représentant est pleinement conscient du droit du décideur de porter en appel le jugement d'incapacité devant le conseil de révision et en informe celui-ci;

3) le décideur et son représentant sont tous les deux informés que les diagnostics de délire forment la base de la conclusion d'incapacité.

Les perturbations du lobe frontal peuvent également se révéler problématiques. La difficulté à cet égard provient du fait que le malade peut ne manifester aucun déficit lors des évaluations cliniques conventionnelles mais a de sérieuses difficultés à organiser et à comprendre une information complexe, comme cela peut être mis en évidence par des examens psychologiques plus sophistiqués. L'évaluateur, que ce soit à l'étape du test de dépistage ou à celle de l'évaluation formelle, devrait être prévenu de cette possibilité par l'information concernant l'état de santé de la personne, i.e., traumatisme récent, alcoolisme, encéphalite, etc. Lorsque de telles conditions existent, elles devraient éveiller l'attention du dépisteur et de l'évaluateur sur le besoin d'une évaluation attentive du fonctionnement du lobe frontal.

En principe, nous recommandons que le test de la compréhension et de l'appréciation, qui fonde la définition légale de la capacité, soit interprété dans le contexte de ce qui suit. Bien que nous reconnaissions qu'il n'est ni possible ni désirable d'exclure totalement la considération des conséquences d'un choix, l'utilisation de ce facteur doit être étroitement circonscrite pour éviter l'utilisation

[433] Ces difficultés sont exacerbées par le fait que les délires sont notoirement difficiles à diagnostiquer avec précision dans beaucoup de cas. Ceci est démontré par la faible fidélité inter-évaluateurs dans la détection des délires; voir M.B. Keller, P.W. Lavori, N.C. Andreasen, W.M. Grove, *et al*, "Test-Retest Reliability of Assessing Psychiatrically Ill Patients in a Multi-Center Design". (1981) 16 Journal of Psychiatric Research 213.

de l'évaluation de la capacité pour assurer la conformité avec des choix officiellement consacrés. Pour respecter cette méthode, nous avons rejeté l'exigence voulant que le décideur puisse donner des motifs «rationnels» ou «reconnaissables» car ceci est beaucoup trop discrétionnaire. Qui plus est, nous estimons que le respect de l'autonomie de la personne, dont témoigne la présomption de capacité, devrait imposer à l'évaluateur de démontrer que les motifs donnés pour la décision ne sont pas pertinents. Nous recommandons de penser en termes de «pertinence» car cela permet de donner une portée plus large à l'expression des préférences individuelles que le caractère raisonnable ou la rationalité et de garantir que des choix faits pour d'autres raisons, y compris des raisons émotives, seront respectés.

Si nos recommandations à cet égard s'avèrent inacceptables et si l'on décide que les décisions des personnes doivent être testées d'après le critère du caractère raisonnable, nous suggérons que toute détermination de la capacité sur cette base devrait être assujettie aux mêmes garanties que celles qui s'appliquent dans le cas des diagnostics de délire. Ces garanties sont conçues pour assurer qu'en cas de désaccord de la personne avec l'évaluation, celle-ci et son représentant seront informés de façon exacte et complète du fondement sur lequel on a conclu à son incapacité; la personne aura bien sûr l'occasion d'être entendue devant le conseil de révision. En résumé, avant qu'une personne ne puisse être jugée incapable sur la base du caractère non raisonnable de sa décision, les conditions suivantes devraient être remplies :

1) la détermination devrait être communiquée à un défenseur des droits des malades ou à une autre personne qui représente le décideur;

2) le représentant devrait être pleinement conscient du droit du décideur de porter en appel le jugement d'incapacité devant le conseil de révision et en informer celui-ci;

3) le décideur et son représentant devraient être informés que le caractère non raisonnable a constitué le fondement de la détermination d'incapacité.

D. CONSEIL DE RÉVISION ET TRIBUNAUX

Le conseil de révision et les tribunaux auraient un certain nombre de rôles connexes dans l'établissement de la capacité. Tout d'abord, ils offrent une forme de révision des évaluations de la capacité dans lesquelles le critère de «pertinence» a été utilisé. Deuxièmement, ils examinent les décisions sur la capacité qui sont particulièrement susceptibles de refléter une discrétion subjective, surtout lorsque

l'on décide que la personne est incapable seulement parce qu'elle «délire» ou a pris une décision «dénuée de caractère raisonnable». Troisièmement, le processus de révision permettrait à toutes les personnes jugées incapables d'avoir accès à une «audience équitable» où cette décision pourrait être contestée. Quatrièmement, en tant que processus d'appel, les conseils de révision et les tribunaux devraient examiner la mise en oeuvre des normes et procédures professionnelles acceptées et aider à l'interprétation des dispositions applicables de la loi. Comme il a éte dit précédemment, dans le contexte de la croissance constante du volume des connaissances et de la recherche faite en ce domaine, il est souhaitable de maintenir une certaine dose de souplesse en ce qui concerne la structure et l'opération du test de la capacité. À cet égard, le système d'examen et d'appel prévu dans la *Loi sur la santé mentale* constituerait un bon fondement pour le système nécessaire d'examens et d'appel.

Nous recommandons que le rôle du conseil de révision soit élargi de façon à lui donner une compétence plus générale pour se charger de la détermination de la capacité. En ce qui concerne la détermination de la capacité de prendre des décisions d'ordre financier, nous croyons que le recours aux tribunaux comme premier arbitre de la capacité est trop coûteux et trop long pour être compatible avec une reconnaissance effective de la notion de capacité marginale et nous recommanderions par conséquent de considérer, dans la mesure du possible, le recours au conseil de révision pour exécuter cette fonction[434]. Cependant, comme cette question n'entre pas vraiment dans le mandat de la présente enquête, nous estimons qu'il conviendrait de la traiter dans le cadre de l'examen du rapport du comité Fram.

E. CAPACITÉ DE CONSENTIR À L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

La question du consentement d'une personne à l'évaluation pose de nombreux dilemmes éthiques, dont le plus fondamental vient de la nécessité d'évaluer une personne afin de déterminer si elle est capable ou non de consentir à être évaluée. Pour régler ce problème, nous proposons qu'une présomption de capacité à consentir à l'évaluation de la capacité soit reconnue et, au besoin,

[434] Nous estimons que les qualifications du conseil de révision en tant que tribunal quasi judiciaire qui possède des connaissances spécialisées dans le domaine de la détermination de la capacité et dans l'examen du placement involontaire et des ordonnances de traitement rendent souhaitable qu'il soit également employé pour exécuter cette fonction connexe.

codifiée. Cette présomption permettrait au décideur de consentir aux examens médicaux ou psychologiques qui ne portent aucune atteinte à l'intégrité du corps et ne présentent aucun risque important sans rendre l'évaluateur ou l'examinateur responsable de l'exécution de l'examen sans consentement valide.

Le refus persistant et déterminé des personnes à consentir ou à coopérer à l'évaluation de leur capacité présente une autre situation difficile. Nous suggérons que dans cette situation et dans les situations connexes[435], l'évaluateur rassemble autant de renseignements que possible et si, d'après ces renseignements, il lui semble que la personne est incapable, qu'il présente l'ensemble de ces informations au conseil de révision pour qu'il tranche la question. Le décideur aurait bien entendu la même qualité, la même représentation et les mêmes droits que pendant toute autre audience du conseil de révision et il serait lié par le résultat. Si, par ailleurs, l'évaluateur décide que la personne est capable, il semblerait inutile dans la plupart des cas de porter cette question devant le comité de révision.

F. LE RÔLE DU DÉFENSEUR DES DROITS DANS L'ÉVALUATION DE LA CAPACITÉ

Le rôle du défenseur des droits dans le système de santé mentale en Ontario a fait l'objet de développements importants et d'études au cours des dernières années[436]. Nous appuyons la recommandation formulée par le Comité Fram, à savoir[437] :

> Pour s'assurer que l'avocat puisse agir librement et pour éviter que la question de l'incapacité mentale soit jugée d'avance, la personne dont la capacité mentale est mise en doute devrait être réputée capable de retenir les services d'un avocat et de le mandater.

---

[435] Comme par exemple dans le cas où la personne et celle qui la remplace sont en conflit en ce qui concerne le consentement à une procédure particulière etc.

[436] Voir les rapports Fram, Manson et O'Sullivan.

[437] Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale, 1987, pp. 82-83.

Cette présomption est cependant limitée aux procédures utilisées pour déterminer la capacité[438]. L'avocat serait cependant obligé d'agir conformément aux principes et lignes directrices professionnels applicables qui sont maintenant en vigueur et à ceux qui seront élaborés pour régir la défense des personnes incapables ou de celles dont la capacité est douteuse.

Nous recommandons l'élaboration de critères pour déterminer la capacité d'une personne à constituer avocat et à le mandater pour des questions qui ne sont pas de nature criminelle. À cet égard, il faut noter que notre recommandation selon laquelle une personne est présumée capable de constituer avocat et de le mandater ne s'applique qu'aux procédures en matière de détermination de la capacité d'une personne, et que les doutes à propos de la capacité de la personne de constituer avocat et de le mandater pour toute autre question ou procédure devraient faire l'objet d'une détermination particulière de la capacité.

G. FORMATION DES ÉVALUATEURS DE LA CAPACITÉ MENTALE

Nous recommandons une formation des personnes qui auront la responsabilité de faire des évaluations formelles et de les réviser. Ceux qui administreront les tests de dépistage devraient aussi avoir une formation, bien que les exigences à cet égard soient considérablement inférieures à celles qui s'appliquent pour une évaluation formelle. Puisqu'il existe une grande variété de contextes dans lesquels des évaluations de la capacité sont faites, les études pilotes sur la mise en oeuvre des recommandations du rapport devraient mettre en évidence des évaluations des méthodes de formation pour les évaluateurs dans différents types d'établissements de soins de santé.

H. PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ - RÉSUMÉ

Nous proposons qu'une approche en quatre étapes soit utilisée pour évaluer la capacité. Les quatre étapes sont les suivantes :

Seuil - Cette étape est franchie lorsque la capacité d'une personne est mise en doute. Réussir le test de seuil implique que la personne doit passer un test de dépistage.

[438] Voir les recommandations pour une étude plus approfondie au sujet des critères permettant de déterminer la capacité d'une personne à mandater un avocat.

Test de dépistage - Il s'agit d'un test simple fondé sur l'examen de l'état mini-mental de Folstein et qui peut être administré par un profane formé pour exécuter cette tâche. Si la personne échoue au test de dépistage, elle sera alors soumise à une évaluation formelle de la capacité.

Évaluation formelle - L'évaluation formelle est une évaluation complète qui comprend une évaluation médicale, un examen de l'état mental et d'autres tests qui sont appropriés dans les circonstances. Les résultats de cette évaluation peuvent être soumis au conseil de révision pour une reconsidération de la détermination.

Conseil de révision - Il examine les décisions et applique les mêmes critères que ceux qui sont employés lors de l'évaluation formelle. La décision du conseil de révision peut être portée en appel auprès de la Cour de district de la manière exposée dans la *Loi sur la santé mentale*.

Les personnes devraient être présumées capables de consentir à l'évaluation de leur capacité. Celles qui persistent dans leur refus de coopérer à l'évaluation devront être évaluées à partir des renseignements disponibles et la détermination finale de l'incapacité sera faite seulement par le conseil de révision. Les personnes devraient être présumées capables de constituer un avocat pour les représenter et de le mandater, pendant les évaluations de la capacité et pendant les audiences du conseil de révision. Des programmes pour la formation des évaluateurs sont nécessaires et devraient être élaborés pendant les études pilotes sur la mise en oeuvre des recommandations de l'Enquête.

XVI. APPLICATION DU PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ DANS DES CONTEXTES DÉCISIONNELS

Cette section présente des critères recommandés et propose quelques brefs commentaires à propos de la mise en oeuvre des critères et du protocole à l'intérieur de chacun des contextes identifiés dans les termes de référence de l'Enquête. Afin de clarifier la position de l'Enquête, cette section résume également quelques-unes des recommandations faites dans les exposés reçus par l'Enquête et leur répond[439]. Bien que beaucoup de préoccupations soient formulées et présentées en fonction de la capacité en matière de traitement, elles s'appliquent également manifestement aux autres contextes et devraient être considérées comme s'appliquant à eux, le cas échéant.

En général, nous recommandons que les examens de capacité se basent sur la définition donnée dans la *Loi sur la santé mentale*[440]. Sous sa forme générale, celle-ci pose qu'afin d'être considérée capable une personne doit avoir l'aptitude de comprendre l'objet de la décision et les solutions de rechange pour celle-ci, et doit être capable d'apprécier les conséquences de la prise de décision.

A. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRAITEMENT

Nous recommandons l'unification des lois et des règlements relatifs à la capacité en ce qui concerne le traitement des personnes à l'intérieur des systèmes de soins de santé générale et mentale. À cet égard, les anomalies qui existent actuellement entre la *Loi sur la santé mentale* et la *Loi sur les hôpitaux publics* devraient être éliminées, et la loi devrait être uniformisée pour toutes les parties du système de soins de santé de l'Ontario en ce qui concerne le traitement des mineurs, la spécification et les pouvoirs des représentants du malade, la sélection des subrogés, etc., [441].

---

[439] Il faut noter que cette section ne prétend pas fournir un examen exhaustif des exposés, mais mentionne seulement avec un souci de représentativité quelques-uns des nombreux exposés reçus.

[440] L.R.O. 1980, chap. 262 (tel que modifié).

[441] Plusieurs mémoires, dont celui d'octobre 1989 de l'Ontario Hospital Association, ont fait état de l'avantage qu'il y aurait à atteindre l'uniformité à travers le système de soins de santé. L'OHA a nuancé cette recommandation par la demande additionnelle que l'uniformité ne soit pas adoptée aux dépens de la fonction.

Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'Institut psychiatrique Clarke daté de novembre 1989.

Les dispositions d'urgence ou de sauvetage devraient continuer à s'appliquer dans les situations qui présentent un danger immédiat pour la vie ou pour un organe vital. Dans de telles circonstances, les personnes devraient être traitées, à moins qu'il n'y ait eu un refus de traitement manifeste et capable.

Les critères recommandés

Nous recommandons que les critères utilisés pour déterminer si une personne a ou non la capacité de consentir au traitement médical ou psychiatrique soient fondés de près sur ceux qui sont présentés dans la *Loi sur la santé mentale*[442]. La *Loi* stipule :

> art.1 «mentalement capable»
> État de la personne qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement.
>
> art.35(1) «qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande» En ce qui concerne la définition du terme «mentalement capable», état de la personne qui est capable de comprendre la nature de la maladie pour laquelle le traitement est proposé et le traitement proposé.

Nous soutenons l'utilisation des critères fondés sur l'«aptitude» de la personne à comprendre et à apprécier. Fonder les critères sur la compréhension et l'appréciation en situation concrète pourrait conduire à trouver des personnes incapables en raison du fait qu'elles sont médiocrement ou inadéquatement informées quant aux paramètres de la décision, et non en raison des limitations de leurs aptitudes mentales. Cependant, en dépit de l'utilisation de cette définition, nous recommandons que la capacité d'une personne soit testée relativement à sa compréhension et à son appréciation des paramètres de la décision concrète qu'elle est appelée à prendre, plutôt que dans l'abstrait. Pour cette raison, et afin de donner effet aux conditions de matérialité d'un consentement éclairé, il est vital que les décideurs soient pleinement instruits, en tenant compte des considérations exposées en détail plus tôt dans ce rapport dans le cadre de la discussion du contexte du traitement.

Les mots «comprendre» et «apprécier» doivent être interprétés en accord avec les recommandations contenues dans les sections précédentes de ce rapport.

[442] L.R.O. 1980, chap. 262 (tel que modifié).

À cet égard, la détermination doit respecter les principes, les exigences procédurales et les garanties qui ont été décrits plus haut, tout en facilitant une évaluation en accord avec l'évolution de la pratique.

Nous ne sommes pas entièrement satisfaits par la définition de «objet» que contient l'article 35(1)(b) et nous suggérons que «qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande» en ce qui concerne la définition du terme «mentalement capable» soit défini comme ceci : «[Traduction] qui est capable de comprendre la nature de son état[443] pour lequel le traitement est proposé et le traitement proposé».

L'expression «capable de comprendre ... les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement» devrait être définie (ou seulement interprétée) comme signifiant «[Traduction] capable de comprendre qu'elle détermine si le traitement sera donné ou non, capable de comprendre les effets probables, a la fois positifs et négatifs, du fait qu'elle accepte ou refuse le traitement, et capable d'apprécier l'impact que ces effets auraient sur elle».

Nous recommandons donc que les critères suivants soient employés : **Pour être considérée mentalement capable de prendre une décision relativement à un traitement, une personne doit avoir l'aptitude :**

1) **de comprendre la nature de l'état pour lequel le traitement est proposé;**
2) **de comprendre la nature du traitement suggéré; et**
3) **d'apprécier les conséquences liées au fait de donner ou de refuser son consentement.**

[443] Nous préférons l'utilisation du terme «état» à celle de «maladie», afin de se prémunir contre la possibilité que le terme «maladie» soit interprété comme demandant que le malade soit d'accord avec l'étiquette particulière qui lui a été appliquée après le diagnostic. L'état s'applique aux manifestations plus larges de la maladie plutôt qu'à l'existence d'une pathologie discrète sujette au diagnostic. Le terme «état» permet à l'exigence de compréhension de se concentrer sur les manifestations objectivement perceptibles de la maladie plutôt que sur l'interprétation qui en est donnée. Ce terme est donc moins porteur de jugement, et il est préférable de l'utiliser car il est moins stigmatisant que le mot «maladie». De même, la stipulation que le décideur soit capable de comprendre «son» état plutôt que «la» maladie demande que la personne soit capable de comprendre les répercussions de ce traitement en tant qu'il se rapporte à lui plutôt que dans l'abstrait. De cette manière, l'exigence quant à l'aptitude de comprendre la nature de l'état et du traitement coïncide plus étroitement avec l'exigence que la personne qui prend la décision soit capable d'apprécier les conséquences de la prise de décision.

Considérations soulevées dans les exposés soumis à l'Enquête

Les exposés soumis à l'Enquête ont fait état de nombre de préoccupations qui sont pertinentes pour l'évaluation de la capacité dans le contexte du traitement et qui devraient être considérées lorsque l'on planifie la mise en oeuvre du protocole d'évaluation de la capacité[444].

Groupe d'étude sur les soins infirmiers psychiatriques - Association des infirmières et infirmiers autorisés

L'exposé d'avril 1989 du groupe d'étude sur les soins infirmiers psychiatriques (Registered Nurses Association of Ontario) constatait aux pages 2 et 3 :

> [Traduction]
>
> Déclarer une personne incapable de consentir au traitement demande un effort médical et du temps. Certains médecins sont réticents à déclarer un malade incapable parce que cette décision demande qu'ils recueillent des données, qu'ils documentent les conclusions et les observations, qu'ils remplissent des formulaires, et qu'ils soient prêts à défendre leur décision devant un conseil de révision. C'est un travail qui demande du temps et pour lequel il n'existe actuellement aucune compensation ou récompense.
>
> La réticence médicale à déclarer un malade incapable de prendre des décisions en matière de traitement met les infirmières dans une position délicate puisqu'elles doivent souvent s'occuper de malades gravement malades qui refusent le traitement, ...

Cet exposé souligne la futilité de la mise en oeuvre d'une méthode d'évaluation en l'absence de ressources suffisantes. Considérant la pénurie prévue de psychiatres en établissement, nous recommandons que les évaluations formelles soient effectuées soit par des psychiatres, soit par des médecins non psychiatres, soit par des psychologues[445], qui ont été formés pour accomplir cette tâche et que l'évaluation soit considérée comme une procédure remboursable. On s'attend à ce que l'utilisation du test de dépistage aide à minimiser l'impact économique du financement des évaluations, puisque ce test pourrait être administré par des profanes formés, et que l'on réserverait le recours à des professionnels mieux formés pour les évaluations formelles.

---

[444] Pour une discussion, voir le mémoire du Bureau de santé de la ville de Toronto, daté d'octobre 1989.

[445] Comme cela a été noté plus tôt, quelle que soit l'identité de l'individu qui accomplit l'évaluation formelle, un bilan de santé complet devrait être effectué en tant qu'un élément de cette évaluation.

La présentation des infirmières et infirmiers autorisés recommandait que la capacité cognitive soit utilisée comme le facteur déterminant de la capacité décisionnelle en matière de traitement[446]. Ce mémoire suggérait que la capacité soit évaluée en fonction de la conscience que la personne a de sa maladie, des symptômes, et du traitement proposé, et de l'appréciation qu'elle en fait.

Angela Browne

L'exposé d'Angela Browne[447] recommandait à la page 4 que même quand une personne a été jugée «incapable», elle devrait être autorisée à participer, dans la mesure de ses possibilités, à la prise de décisions, sauf si les conséquences du choix allaient manifestement à l'encontre de l'intérêt véritable de la personne. Nous sommes d'accord avec cette opinion et ajouterions que l'impact minimal des conséquences ou l'incertitude quant à celles-ci devraient servir à empêcher que la décision de la personne ne soit cassée.

Ontario Medical Association

Dans son exposé de mai 1989, l'Ontario Medical Association (OMA) exprimait l'opinion que la codification des normes cliniques en matière de capacité n'était pas un objectif désirable, et qu'il était préférable que de telles normes soient

---

[446] Le mémoire du groupe d'étude sur les soins infirmiers psychiatriques définissait à la page 4 la compétence cognitive comme «[Traduction] la capacité du client à connaître, à comprendre, et à utiliser l'information concernant sa maladie et le traitement (ou l'absence de traitement) à sa situation propre, avec une compréhension de la manière dont sa décision affectera sa situation de vie. L'aptitude du client à apprécier les conséquences de sa décision est inhérente à cette définition.

[447] Ce même mémoire établissait à la page 5 une norme peu élevée de la capacité décisionnelle en matière de traitement dans le passage suivant :

> [Traduction]
> Puisqu'un malade est présumé "capable" à moins qu'il ne soit prouvé qu'il est "incapable", le personnel médical devrait faire l'effort d'expliquer **clairement** au malade la nature du traitement proposé, la raison pour laquelle il est proposé, les solutions de rechange au traitement proposé, et les bienfaits et effets secondaires de chacun. Le malade devrait être autorisé à choisir le mode de traitement qui agit le mieux, ou aucun traitement. Un malade qui est capable de suivre cette discussion, et de montrer **un peu de** compréhension devrait être jugé comme étant «capable».
>
> Nous estimons que ce test fixe une norme trop basse et que à la fois la compréhension et une certaine mesure d'appréciation représentent une base plus appropriée pour la détermination de la capacité décisionnelle en matière de traitement.

développées de manière évolutive. Nous sommes d'accord en substance avec cette thèse, et c'est la raison pour laquelle nous n'avons pas essayé de présenter des normes cliniques qui régiront l'évaluation formelle de la capacité des personnes, mais avons plutôt tenté d'identifier des considérations et des principes directeurs qui devraient être respectés lorsque l'on teste la capacité au moyen des meilleurs instruments, tests et techniques disponibles. Toutefois, les préoccupations de l'OMA semblent aller au-delà de ce qui précède, et à travers l'affirmation que «[Traduction] dans l'univers clinique baigné de douleur et de souffrance, pratiquement tous les malades qui éprouvent de la douleur, de la peur, de la dépression ou de la colère, pouvant être accompagnée ou non de dysfonction cérébrale, auront une aptitude amoindrie à réagir avec toutes les ressources cognitives et émotionnelles qu'il pourraient avoir eues s'ils n'étaient pas malades ou souffrants d'une manière ou d'une autre», l'OMA semble suggérer que la capacité mentale de tous les malades devrait être considérée suspecte, une suggestion avec laquelle nous sommes en profond désaccord.

L'exposé de l'OMA propose à la page 3 l'utilisation d'une échelle variable, fondée sur l'importance du traitement, afin d'autoriser «[Traduction] les malades qui souhaitent faire confiance à leur médecin» à le faire «[Traduction] si la procédure était relativement banale et pas énormément gênante, comme par exemple une vaccination ou une opération chirurgicale qui ne nécessitait pas d'anesthésie». «[Traduction] L'approbation par un décideur subrogé» serait par contre exigée si «[Traduction] les conséquences étaient plus sérieuses, par exemple pour une chirurgie avec anesthésie». Nous n'adoptons pas ce genre d'analyse, mais trouvons qu'un résultat similaire découle de notre recommandation selon laquelle le choix du décideur devrait prévaloir pour les décisions qui n'ont pas d'impact significatif. Cette conséquence découle du respect de l'autonomie des personnes et de l'encouragement du droit du malade à l'autodétermination.

La thèse additionnelle de l'OMA que le principe de l'échelle variable devrait s'appliquer aux décisions à partir de leur rapport bénéfice/dommage n'est pas soutenue par nos recommandations. À cet égard, la proposition que dans les cas de rapport bénéfice/dommage positif les personnes ont seulement besoin d'être capables de savoir qu'elles font confiance à leur médecin[448] conduit à confondre la

[448] Le mémoire de l'OMA expose à la page 6 ce test de capacité comme suit :

> [Traduction]
> -Un malade devrait être capable de comprendre et d'apprécier la nature de la relation malade-médecin et devrait avoir l'aptitude de faire confiance au médecin ou de lui dire non. Puisque la relation malade-médecin implique une confiance sacrée et une responsabilité fiduciaire, un médecin serait tenu

nature des tests à propos de la capacité décisionnelle en matière de traitement avec la question de la désignation d'un substitut, et sape les principes du consentement éclairé. Les dangers inhérents à cette forme de prise de décision par des substituts non officiels paraissent l'emporter sur les bénéfices qui sont dits en résulter.

L'OMA souligne la nécessité de procédures rapides, efficaces et efficientes pour déterminer la capacité. Nous prévoyons que l'on pourrait s'occuper de la majorité des personnes à l'étape du test de dépistage ou d'une façon expéditive par une évaluation formelle, limitant ainsi le recours au conseil de révision à un groupe relativement peu nombreux de cas difficiles. Il est inéluctable qu'il y ait et qu'il doive y avoir un coût associé à la protection de la personne dans la société, l'utilisation efficace et efficiente des ressources étant ce que l'on peut espérer de mieux à cet égard[449].

Don Weitz

L'exposé du 1er mai 1989 de Don Weitz recommande que «[Traduction] tout doute ou contestation à propos de la capacité d'une personne devrait être tranché par un juge et un jury dans un tribunal», cette recommandation étant «[Traduction] fondée sur le fait bien établi que la capacité est un concept social et légal et non une notion médicale ou psychiatrique»[450]. Nous trouvons que les coûts à la fois en temps et en autres facteurs qui seraient exigés afin de mettre en oeuvre cette recommandation sont injustifiables, et étant donné la tendance historique des tribunaux à se fier aux opinions des experts médicaux, il semble incertain que cette exigence aurait un impact quelconque à part celui qui résulte des coûts accrus.

---

responsable de ses décisions par le droit civil et les collèges disciplinaires.

[449] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'Ontario Hospital Association, daté de novembre 1989.

[450] Pour des discussions critiques, voir le mémoire de la Direction des services communautaires de santé mentale, daté d'octobre 1989; le mémoire du Dr. C.M. Smelt, daté de septembre 1989; et le mémoire du Dr. Jérald Paquette, daté de novembre 1989.

Université d'Ottawa - Hôpital général d'Ottawa

L'exposé du 29 mars 1989 du Dr. F.M. Mai de l'Université d'Ottawa et de l'Hôpital général d'Ottawa réaffirmait le besoin d'un système simplifié pour la désignation et le fonctionnement des décideurs subrogés et notait les difficultés qui découlent des situations dans lesquelles les médecins traitants sont engagés dans des débats contradictoires devant le conseil de révision relativement à la capacité de leur malade[451]. Le formulaire employé pour l'évaluation de la capacité à l'Hôpital général d'Ottawa demande que le malade comprenne et évalue la base, la nature, l'objet, les risques et les bienfaits du traitement et incorpore cette information en réagissant à la recommandation.

L'exposé du 26 octobre 1989 de l'École de médecine de l'Université d'Ottawa attire l'attention sur le problème que présente la pratique actuelle, qui tend à suivre la voie de moindre résistance en traitant toutes les personnes consentantes et en omettant de traiter celles qui refusent de l'être, qu'elles soient capables ou non, ce qui a pour effet que des personnes incapables qui refusent d'être traitées sont laissées à elles-mêmes jusqu'à ce que leur condition dégénère en une situation d'urgence. Afin de régler le problème, ce mémoire suggère qu'une loi demande à être rédigée, favorisant une intervention précoce pour le traitement des conditions médicales et chirurgicales des personnes incapables qui refusent d'être traitées. Nous prévoyons que le dépistage obligatoire de tous les malades en cure obligatoire, associé à la reconnaissance de l'évaluation de la capacité comme une procédure remboursable et à une plus grande formation à cet égard, modifiera cette tendance et conduira, espérons-le, à la reconnaissance du fait que les dispensateurs de soins ont un devoir professionnel à considérer et, lorsque nécessaire, évaluer la capacité tant des personnes consentantes que des personnes non consentantes.

Cet exposé constate également le conflit d'intérêt qui est inhérent à la représentation par un avocat, aux frais de l'Etat, des personnes incapables devant le conseil de révision ou les tribunaux. Ce mémoire suggère que beaucoup de malades psychotiques qui sont incapables de constituer un avocat comparaissent souvent devant des conseils de révision, avec pour résultat qu'on les prive de leur droit à être traités en accord avec leur intérêt véritable, conformément aux

[451] Ces préoccupations, en plus de l'existence soutenable d'un conflit d'intérêt, suggèrent qu'il pourrait être sage d'employer un psychiatre ou un psychologue qui n'est pas membre de l'équipe de traitement pour effectuer l'évaluation.

dispositions de la *Loi sur la santé mentale*. Afin de permettre aux personnes de faire valoir leurs droits, nous croyons qu'il est nécessaire qu'elles soient présumées capables de constituer un avocat. Cette présomption n'est cependant pas absolue et peut être réfutée par une preuve manifeste d'incapacité. Ce mémoire suggère qu'il devrait exister un mécanisme pour l'évaluation indépendante de la capacité des malades à constituer un avocat et des dispositions pour la constitution d'un avocat-conseil par un fonctionnaire public tel que le tuteur public ou le curateur public. Les difficultés inhérentes à la représentation non constituée ou non dirigée des personnes de capacité douteuse était examinée dans les rapports *Manson*[452] et *O'Sullivan*[453]. Nous appuyons l'élaboration de lignes directrices afin d'aider à clarifier les obligations de l'avocat-conseil et des avocats dans de telles circonstances[454].

Bureau du défenseur des droits des malades mentaux

L'exposé de mai 1989 du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux comprenait plusieurs recommendations bien documentées et bien étayées et fut utile au travail de l'Enquête dans de nombreux domaines[455]. Comme on pouvait s'y attendre, cet exposé soulignait les principes d'auto-détermination, de dignité, de liberté et de justice comme étant ceux auxquels on devrait accorder la priorité et qui devraient être protégés par l'évaluation de la capacité[456]. L'exposé montrait que la capacité ne semblerait pas constituer un problème majeur, que seulement 3,8 pour cent des personnes admises dans les dix hôpitaux psychiatriques provinciaux pendant la période allant d'avril 1987 à mars 1988 furent jugés

---

[452] A.Manson, président *La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques. Évaluation des fonctions du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux* (Toronto: Ministère de la santé, 1987).

[453] S. O'Sullivan, président *Vous n'êtes pas seul - Examen des mesures d'intervention en Ontario - Rapport du Groupe d'examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables* (Toronto: Ministère du Procureur général, 1987).

[454] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'École de médecine - Psychiatrie de l'Université d'Ottawa, daté d'octobre 1989.

[455] À la lumière de la portée générale de ses analyses et recommendations, nous recommanderions que cet exposé soit consulté par quiconque est intéressé par l'élaboration de politiques dans ce domaine de la loi.

[456] Cet exposé suggérait en particulier que la *Loi sur la santé mentale* devrait être modifiée afin d'inclure le droit au traitement le moins restrictif et le moins importun, dans le milieu le moins restrictif", et notait que l'assistance et les conseils juridiques jouent un rôle essentiel dans la protection de ces libertés individuelles.

mentalement incapables, et qu'un petit pourcentage seulement de ces jugements (1,65 pour cent des 3,8 pour cent) ont été renversés à la révision. L'exposé recommandait que le test proposé par le Comité Clark[457] soit incorporé aux recommandations de l'Enquête, test qui inclut les éléments suivants :

1) Capacité de comprendre le fondement de la recommandation du médecin concernant le traitement.
2) Capacité de comprendre les effets bénéfiques et néfastes du traitement.
3) Capacité de comprendre les conséquences probables d'une absence de traitement.
4) Capacité d'assimiler ces informations pour pouvoir donner suite à la recommandation du médecin.

Concernant le quatrième élément de ce test, le Comité Clark identifiait la pertinence des trois facteurs suivants :

a) le malade doit, pour être jugé capable, exprimer un choix bien réfléchi et conséquent étalé sur une période assez longue;

b) un malade dont le choix relatif au traitement repose entièrement sur un état de délire pathologique bien documenté doit être jugé mentalement incapable même s'il manifeste une compréhension factuelle de ce qu'on lui propose;

c) la composante affective doit être prise en compte dans le cadre de la détermination de la capacité, et un malade dont «l'état affectif est tel qu'il risque de l'empêcher d'utiliser les informations acquises relativement au choix du traitement doit être jugé incapable pour cette raison même».

L'exposé du Bureau recommandait que le niveau de capacité requis augmente avec la gravité, l'intrusion et les risques que présentait la décision. Nous sommes d'accord avec cette suggestion et avons tenté de l'intégrer dans le protocole et dans les critères proposés, ainsi que les éléments suivants, qui étaient également suggérés par le Bureau :

1) un test d'aptitude comportementale et fonctionnelle;
2) une détermination d'incapacité limitée (et non globale);
3) des modalités d'exercice du consentement éclairé particulières à la décision à prendre;
4) la nécessité de faciliter l'expression et le respect de la capacité décisionnelle et des désirs de la personne mentalement incapable; et
5) la nécessité d'étayer les raisons qui permettent de déterminer l'incapacité mentale.

Le Bureau suggérait que le dilemme posé par les personnes qui refusent de reconnaître leur maladie soit abordé à partir de l'interprétation suivante de l'exigence que le malade soit capable d'utiliser l'information pour sa propre situation :

[457] Rapport du Comité de révision sur le traitement par électrochocs, soumis au ministère de la santé 1985, cité à la page 38 de l'exposé du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux (BDDMM).

> Lorsque nous disons que le malade doit pouvoir raisonner sur sa propre situation, il suffit en fait qu'il ait conscience d'avoir un problème au niveau de la pensée, du caractère ou de la personnalité et que ce problème affecte ses possibilités de vie dans une collectivité.

Cette suggestion est compatible avec notre recommandation selon laquelle une preuve objective de l'incapacité doit être présentée afin que cette détermination soit faite. La nature des outils de diagnostic en psychiatrie, comme mise en évidence par les variations entre les diagnostics qui seront posés pour le même malade par différents médecins, suggère qu'il est à la fois irréaliste et en fait indésirable que la capacité d'un malade dépende de son accord avec des diagnostics sur lesquels il est raisonnable de prévoir que les spécialistes ne s'entendront peut-être pas.

Le mémoire du Bureau citait plusieurs études qui suggèrent que les personnes qui refusent les médicaments pourraient se comporter rationnellement en refusant le traitement. Les effets secondaires désagréables ou le manque d'efficacité du traitement sont seulement deux des raisons qui font qu'un malade pourrait en réalité avoir une meilleure compréhension et évaluation des conséquences du consentement au traitement ou du refus de traitement que le médecin qui prescrit celui-ci. Ce mémoire résumait également des études soutenant l'assertion qu'il «[Traduction] n'y a aucune preuve que les personnes qui refusent le traitement sont généralement, ou deviendront, plus dangereuses pour elles-mêmes ou pour les autres»[458].

Nous remarquons que l'exposé du Bureau fournit une discussion approfondie de nombre de problèmes relatifs à la désignation et au fonctionnement des décideurs subrogés et suggérons que cet exposé soit étudié par les ministères qui examinent actuellement le rapport Fram.

Directeurs médicaux des hôpitaux psychiatriques provinciaux de l'Ontario

Le «Guide to the Assessment of Competence to Consent to Treatment» élaboré en juin 1988 par les directeurs médicaux des hôpitaux psychiatriques provinciaux de l'Ontario (D. Dawson et R. Draper) présente une tentative d'opérationnalisation de la définition de la capacité qui est donnée dans la *Loi sur la santé mentale*. Il suggère à la page 2 que :

[458] Pour une discussion plus approfondie, voir l'exposé de M. Menuck, B. Jones, et R. Fleming de 1989.

[Traduction]
«L'aptitude à comprendre» soit interprétée comme une aptitude (ou une inaptitude) manifeste à comprendre les sujets de préoccupation précis (objet du consentement et conséquences) plutôt que comme une mesure d'un concept d'intelligence ou d'affaiblissement cognitif et perceptif plus large ou plus abstrait.

«L'objet du consentement» comprend :

a) la nature de la maladie
b) le traitement proposé
c) la justification médicale du traitement
d) les conséquences du traitement ou de l'absence de traitement

Le «Guide» présentait un arbre de décision «[Traduction] afin de résumer les étapes et de suggérer un cheminement logique pour déterminer la capacité». L'arbre de décision consiste en une série de huit tests, chacun desquels doit être réussi pour que la personne soit considérée capable. Un échec à l'une de ces étapes conduit à la détermination que la personne est incapable. Les points de décision sont les suivants :

1) **Aptitude à communiquer** (ceci étant une condition nécessaire)
2) **Reconnaît qu'il est malade** (ce paramètre devrait seulement être utilisé s'il est sujet à des garanties strictes, pour les raisons données plus haut)
3) **Comprend la nature de la maladie**
4) **Conscient des options de traitement**
5) **Comprend les conséquences qui s'ensuivront s'il n'est pas traité**
6) **Comprend la nature et les effets des traitements**
7) **Exprime un choix fixe**
8) **Choix considéré comme rationnel** (pour les raisons données plus haut, ce paramètre ne devrait pas être employé comme une condition requise. Dans la mesure où l'on croit désirable d'examiner les raisons ou la rationalité sous-jacents à un choix, nous recommendons qu'un tel examen soit limité à l'exigence que le décideur soit capable de fournir des raisons pertinentes pour une décision).

Sous réserve des exceptions et limitations notées ci-dessus, nous supportons l'inclusion de la plupart des paramètres testés en tant que préoccupations importantes dans la détermination de la capacité, bien que nous n'estimions pas qu'il soit approprié de traiter ces préoccupations d'une manière rigide et séquentielle. Nous recommendons que toute l'information soit présentée au décideur, qu'elle soit évaluée informellement (avec rétroaction correctrice) afin de s'assurer que le décideur a compris la documentation, et ensuite seulement que la compréhension du décideur soit évaluée.

Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario

L'exposé de novembre 1989 de l'Ordre de l'Ontario identifie six aires de fonction neurologique qui, suggère-t-il, devraient être évaluées lorsqu'on évalue la capacité d'une personne à prendre des décisions relatives au soin de sa propre santé. Ce sont :

[Traduction]

1) **Attention** - L'aptitude à «prêter attention» sous-tend beaucoup d'autres fonctions cognitives humaines et doit être présente dans une certaine mesure afin qu'une personne soit trouvée capable.

2) **Langage** - Les déficits en matière de langage, c'est-à-dire l'aphasie, sont communs à la suite de désordres neurologiques. La parole spontanée, la compréhension auditive, la compréhension de l'écriture et de la lecture, sont des domaines particulièrement pertinents pour l'évaluation de la capacité.

3) **Mémoire** - Tant la mémoire immédiate que la mémoire à long terme sont des conditions importantes d'une prise de décision capable. La mémoire immédiate peut être évaluée avec un examen de l'état mental alors que la mémoire à long terme devrait être testée en fonction des antécédents de la personne.

4) **Fonction visiospatiale** - Le seul aspect de la fonction visiospatiale qui est pertinent pour l'évaluation de la capacité est la négligence hémispatiale. Cette inaptitude à lire un côté d'une page peut être surmontée en demandant que les documents écrits soient lus à haute voix, et n'est donc pas d'une importance cruciale.

5) **Dysfonction du lobe frontal** - Les déficiences de la fonction du lobe frontal peuvent avoir un impact sur l'organisation, les capacités décisionnelles et la conscience ou la réflexivité, et elles peuvent se révéler être une cause insidieuse d'incapacité. Comme cela a été noté précédemment, tout soupçon d'une telle déficience exige un examen soigneux et une évaluation à la fois du déficit et de son impact.

6) **Conscience** - La conscience et le jugement sont souvent difficiles à évaluer et peuvent faire l'objet d'une interprétation subjective s'ils ne sont pas évalués en termes d'inconsistances et de dissociations objectivement démontrables.

Comme cela a été noté précédemment, nous prévoyons que tous ces paramètres, à l'exception possible de l'examen de la négligence hémispatiale et de la dysfonction du lobe frontal dans certains cas, seraient parmi ceux qui sont testés lors d'une évaluation formelle. Ces paramètres, quoiqu'importants, ne devraient pas avoir trop de poids, afin de se conformer à notre recommandation que les aptitudes fonctionnelles, y compris l'aptitude à s'adapter aux déficiences, devraient être les préoccupations les plus importantes.

Association des psychiatres du Canada

Dans l'article exprimant sa position sur la capacité financière et personnelle des personnes âgées[459], l'Association des psychiatres du Canada (APC) recommande que[460] :

[Traduction]
Lorsqu'il lui est demandé de fournir une évaluation d'une personne à propos de sa capacité à gérer sa personne ou ses affaires, le psychiatre devra :

1. Examiner personnellement le malade, et lui expliquer l'objet de l'examen en utilisant un langage approprié dans le contexte de l'examen, à moins qu'agir ainsi ne soit préjudiciable à sa santé.

2. Recueillir l'information secondaire nécessaire des membres appropriés de la famille, des professionnels pertinents et, lorsque c'est indiqué, des associés professionnels ou d'affaires.

3. Demander ou passer en revue les études médicales appropriées, y compris, lorsque c'est indiqué, un examen neuro-psychologique.

4. Préparer des commentaires écrits, incluant un examen détaillé de l'état mental, un diagnostic multiaxial Axe 1-5 et une description du niveau actuel de fonctionnement.

5. Faire des recommendations concernant le soin de la personne ou la gestion des biens qui autoriseraient le malade à mener sa vie en sécurité avec le moins de restrictions possible. Dans ce but le psychiatre doit être familier avec les lois provinciales applicables.

6. Expliquer clairement à la personne les conclusions et les recommandations ainsi que les raisons et les conséquences de celles-ci, si cela n'est pas préjudiciable à sa santé.

7. Demander une consultation pour une deuxième opinion s'il est incertain à propos de la capacité financière ou personnelle.

L'article de l'APC présente plusieurs points à considérer lorsqu'on évalue la capacité personnelle d'une personne à prendre soin d'elle-même. Ils concernent la structure de soutien et l'environnement dans lesquels la personne vit et d'autres facteurs relatifs à l'aptitude de la personne à affronter les exigences générales de la vie. L'APC recommande que les critères suivants soient utilisés pour déterminer la capacité personnelle d'une personne à prendre soin d'elle-même :

[Traduction]
1. Est-ce que le malade comprend l'importance de la capacité à prendre soin de lui-même et la raison de l'examen?

---

[459] Association des psychiatres du Canada (préparé par M.J. MacKay, M.D.), "Financial and Personal Competence in the Elderly: The Position of the Canadian Psychiatric Association", (1989) 34 Canadian Journal of Psychiatry 829.

[460] Ibid., p. 830.

2. Est-ce que le malade fait une évaluation réaliste des forces ou des faiblesses relativement à cette capacité, et est-il prêt à demander de l'aide ou de l'assistance lorsque c'est indiqué?

3. Le malade a-t-il démontré dans le passé récent une aptitude à vivre en sécurité dans son environnement avec les ressources disponibles ou à le faire avec des ressources disponibles supplémentaires?

4. Est-ce que le malade continue à prendre des décisions raisonnables en matière d'attention à soi?

Si le malade satisfait à ces critères, il devrait être considéré comme capable de prendre soin de lui-même.

Nous sommes préoccupés par le fait que les critères mentionnés ci-dessus ne fournissent pas une structure ou des indications suffisantes et rendraient le respect de l'autonomie et de l'indépendance[461] d'un malade dépendent d'un exercice favorable de la discrétion sans contrainte de l'évaluateur. Il n'est pas difficile d'imaginer que plusieurs membres de la population canadienne échoueraient à un test exigeant qu'ils «[Traduction] continuent à prendre des décisions raisonnables en matière d'attention à soi» si des facteurs tels que le fait de fumer ou de boire et les habitudes alimentaires étaient évalués soigneusement à cet égard. Cette approche sert cependant à souligner le degré auquel des facteurs externes peuvent affecter l'aptitude à fonctionner d'une personne.

Ontario Psychiatric Association

L'exposé de l'Ontario Psychiatric Association, après avoir discuté plusieurs questions et facteurs importants impliqués dans l'évaluation de la capacité, faisait les observations suivantes en conclusion :

[Traduction]

1) Que l'actuelle présomption légale de capacité dans tous les domaines soit maintenue à moins qu'elle ne soit et jusqu'à ce qu'elle soit sérieusement et formellement mise en question.

2) Que l'incapacité des personnes à prendre des décisions ayant rapport aux soins de santé commence avec l'examen médical préalable au traitement, mais ne peut comprendre l'examen de la capacité du malade à consentir à ces interventions. Dans ce dernier domaine nous devons nous fier à la présomption de capacité, même si celle-ci est, plus tard, trouvée avoir été probablement mal fondée.

3) Là où une évaluation complète et impartiale de la capacité est requise, il serait prudent que le médecin traitant demande une opinion plus large, mais ceci n'a pas besoin d'être encodé dans la loi.

[461] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'Hôpital général St-Joseph, daté de septembre 1989.

4) Les sources d'information devraient être clairement indiquées sur le rapport d'évaluation, de même que les sources importantes non utilisées. Là où l'absence de consentement a empêché le médecin traitant d'obtenir certains renseignements, la validité des conclusions est beaucoup plus sujette à caution.

5) Des projets pilotes pour tester les critères visant à déterminer la capacité devraient être entrepris, couvrant un éventail de cas aussi complet que possible, avant que les critères ne soient adoptés pour une utilisation à l'échelle de la province.

Nous sommes en général d'accord avec les suggestions ci-dessus et avons fait des recommandations compatibles avec elles. Pour ce qui concerne le dernier point, nous recommandons que l'exécution du test et des recommandations exposés dans ce rapport soit effectuée dans le contexte de l'expérience faite à la Clinique Baycrest, et nous recommandons l'utilisation d'un programme pilote comme un excellent moyen de mettre en opération le protocole proposé.

Département de psychologie - Sunnybrook Medical Centre

L'exposé de mai 1989 du Département de psychologie suggère que l'évaluation de la capacité exige une évaluation du fonctionnement cognitif et comportemental et identifiait les facteurs suivants comme étant ceux qui devraient être pris en considération lorsqu'on évalue les composantes cognitives de la capacité :

[Traduction]
- histoire médicale actuelle et passée;
- étiologie, cours et gravité présumés de la maladie qui cause la détérioration de la capacité;
- fonctionnement sensoriel (c-à-d. ouïe et vision);
- aptitude langagière (l'aptitude à comprendre, que ce soit par l'écriture ou la parole, et l'aptitude à s'exprimer, que ce soit verbalement ou par écrit)[462];
- intelligence (en particulier, le raisonnement, la perspicacité et le jugement). Une évaluation de la prise de conscience de l'état de santé actuel et des questions financières devrait être incluse;
- mémoire (pour des événements à la fois récents et anciens);
- apprentissage.

[462] Pour une discussion de l'importance de recevoir les services de soins de santé dans sa langue maternelle, voir le mémoire du ministère de la Santé, Services de santé en français, daté d'octobre 1989.

Les éléments mentionnés ci-dessus sont parmi ceux que nous avons identifiés comme des facteurs qui devraient être évalués lors de l'évaluation formelle. Nous notons cependant que ces éléments devraient être évalués dans un contexte fonctionnel plutôt qu'abstrait et formel.

Ce mémoire suggère également que des psychologues diplômés soient inclus en tant que spécialistes d'une des disciplines autorisées à évaluer la capacité dans tous les domaines. Pour les raisons présentées dans le corps du rapport, nous sommes d'accord avec cette proposition et recommendons donc que des psychiatres, des médecins non-psychiatres ou des psychologues soient en mesure d'effectuer des évaluations formelles.

Association des infirmières et infirmiers de l'Ontario

L'exposé d'octobre 1989 de l'Association des infirmières et infirmiers de l'Ontario suggère que les critères de la capacité à consentir au traitement[463] devraient comprendre les critères suivants :

[Traduction]

1) l'aptitude à comprendre et à évaluer la nature de la maladie et la base sur laquelle le traitement est recommandé;

2) l'aptitude à comprendre et à évaluer les effets du traitement - bienfaits, risques, inconvénients;

3) l'aptitude à comprendre et à évaluer les conséquences probables du fait de donner le consentement;

4) l'aptitude à comprendre et à évaluer les conséquences probables du fait de refuser le consentement et de l'absence de traitement;

5) l'aptitude à incorporer l'information reçue en réagissant à une autre recommandation.

Nous croyons que les paramètres suggérés ci-dessus représentent une description élargie du test dont nous recommendons l'emploi lors de l'évaluation de ce type de capacité, et qu'ils sont donc compatibles avec lui.

[463] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de la Fondation ontarienne de la santé mentale, daté d'octobre 1989.

Ministre délégué aux Affaires des personnes handicapées

L'exposé du 12 octobre 1989 du ministre et du Conseil consultatif sur les personnes handicapées notait les préoccupations suivantes concernant les déterminations impropres de l'incapacité :

> [Traduction]
> Les membres sont conscients du nombre élevé de cas où des personnes ayant des invalidités physiques ont été improprement déclarées incapables simplement à cause de la manière dont leur invalidité se manifeste. Par exemple, le langage et l'activité motrice des personnes souffrant d'épilepsie et de paralysie cérébrale ont été interprétés à contresens comme étant symptômatiques d'une invalidité développementale ou psychiatrique. Nous exhortons donc l'Enquête à exiger que des dispositions soient prises pour s'assurer que les personnes ayant des invalidités physiques ne sont pas déclarées mentalement incapables à partir d'un diagnostic erroné.
>
> Nous croyons aussi que des mesures doivent être prises pour assurer une sensibilité culturelle dans la détermination de la capacité. Ceci s'applique aux personnes provenant de diverses communautés ethnoculturelles de l'Ontario aussi bien qu'aux personnes qui ont des déficiences auditives ou à celles qui sont sourdes. Le Conseil est préoccupé par le fait que des enfants et des adolescents peuvent facilement être diagnostiqués par erreur comme mentalement incapables, alors qu'ils sont en réalité simplement dans l'impossibilité de comprendre ceux qui sont responsables de la détermination de la capacité ou de communiquer avec eux.

Cet exposé met en lumière la nécessité d'une évaluation préliminaire de l'aptitude à communiquer et l'exigence que des efforts soient faits pour améliorer les communications du décideur avec les évaluateurs de la manière décrite dans le corps du rapport.

Institut canadien des inspecteurs en hygiène publique

L'exposé du 17 octobre 1989 de ce groupe met en lumière le besoin de services communautaires de soutien et d'une méthode quelconque de détection des personnes âgées dont les conditions de vie se détériorent grandement par suite d'une incapacité physique ou mentale[464]. Ce mémoire suggère également qu'un «tuteur» devrait être désigné pour assister de telles personnes une fois que certaines conditions sanitaires minimales ont cessé d'être respectées.

[464] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'Ontario Hospital Association, daté de novembre 1989.

Hôpital psychiatrique de London - Service des adolescents

L'exposé d'octobre 1989 sur la capacité à consentir au traitement chez les adolescents suggère que «[Traduction] les jeunes âgés de moins de 16 ans n'ont pas développé la capacité de prendre des décisions éclairées qui sont dans leur intérêt véritable, lorsque cela entraîne des conséquences importantes pour toute une vie comme les décisions autour de leur santé mentale, et qu'il serait injuste pour l'adolescent de ne pas lui fournir le soutien et les conseils qui lui sont nécessaires»[465]. Quoiqu'il puisse être vrai, dans certains cas, que la capacité fasse défaut à des adolescents de 14 ou 15 ans, notre recommandation que les enfants âgés de 14 ans et plus soient traités de la même manière que les adultes n'excluerait pas que cela soit démontré et qu'en conséquence un subrogé prenne la décision. Notre recherche indique clairement que la plupart des enfants ont atteint à l'âge de 14 ans un niveau de maturité développementale qui est comparable à celui de la plupart des adultes, et c'est le fondement de notre recommandation à cet égard. Cependant, cette approche n'empêche aucunement que le jeune reçoive du soutien et des conseils, mais autorise seulement les personnes capables âgées de 14 ans et plus à prendre la décision ultime quant aux soins qui concernent leur propre corps et leur propre santé[466].

Alzheimer Association of Ontario

L'exposé du 20 octobre 1989 de l'Alzheimer Association encourage l'utilisation de la définition de la capacité présentée dans la *Loi sur la santé mentale* et la reconnaissance de la capacité décisionnelle marginale des personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer. L'Association est préoccupée par le fait que «[Traduction] les personnes souffrant de la maladie d'Alzheimer qui résident dans les milieux institutionnels sont soignées au moyen de médicaments et sont limitées dans leurs activités contre leur volonté, et que de tels traitements sont donnés sans tenir compte de la capacité de la personne». L'Association suggère, et nous

[465] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de Brenda Ryan, daté de septembre 1989.

[466] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire des Ontario Psychiatric Hospitals et de la Hospital Schools Medical Staff Association, daté de décembre 1989; le mémoire du Collège des administrateurs de dossiers médicaux de l'Ontario, daté d'octobre 1989; le mémoire du Programme de soins à domicile pour la communauté urbaine de Toronto, daté d'octobre 1989; le mémoire de l'Hôpital général de St. Catharines, daté d'octobre 1989; le mémoire des Psychothérapeutes psychanalytiques, daté de septembre 1989; la lettre de J. Code, datée de septembre 1989; la lettre de E. Blaine, datée de février 1989; et la lettre de J. Blaine, (non datée) 1989.

l'acceptons[467], que de tels établissements devraient être soumis au même ensemble de garanties que celles qui s'appliquent maintenant aux cas des personnes traitées conformément à la *Loi sur la santé mentale*. Le mémoire conclut par l'affirmation suivante :

> [Traduction]
> L'Alzheimer Association of Ontario recommande que des amendements soient apportés à la législation régissant les maisons de retraite, les maisons de soins infirmiers, les foyers pour personnes âgées, et les hôpitaux pour les malades chroniques, de sorte qu'une conclusion clinique d'incapacité telle que définie dans la *Loi sur la santé mentale* et le consentement de la part du plus proche parent soient exigés avant qu'une personne souffrant de la maladie d'Alzheimer puisse être soignée au moyen de médicaments ou limitée dans ses activités contre sa volonté, et que cette conclusion clinique soit sujette à révision, à la requête de la personne souffrant de la maladie d'Alzheimer, par un conseil de révision indépendant.

Commission publique des droits de la personne

L'exposé du 6 décembre 1989 concernant les enfants et les adolescents constatait l'inobservation par beaucoup de psychiatres spécialisés en médecine infantile des plus élémentaires exigences en matière de divulgation de l'information lorsqu'ils prescrivent des médicaments comme le «Ritalin» aux enfants «hyperactifs», et suggère qu'il devrait y avoir une obligation pour le dispensateur de soins de fournir une information complète dans de tels cas. Le mémoire suggère que dans beaucoup de cas les exigences légales en matière de consentement éclairé ne sont pas respectées et que de plus l'absence d'information adéquate rend impossible dans beaucoup de cas une décision capable et éclairée de la part des malades. Ce mémoire suggère qu'une norme d'adéquation de l'information devrait être établie et devrait faire l'objet d'une adhésion, afin de s'assurer que les malades fournissent un «consentement éclairé» au traitement, et il suggère que les formulaires «généraux» de consentement actuels soient remplacés par des formulaires donnant plus d'information. Reconnaissant le lien étroit qui unit la pertinence et la forme de l'information, d'une part, et la capacité apparente d'une personne, d'autre part, nous recommandons que la présentation neutre et effective de l'information soit reconnue comme une condition fondamentale pour prendre une décision compétente.

---

[467] Ce résultat étant seulement un résultat de notre recommandation que la loi se rapportant à l'évaluation de la capacité soit rendue universelle dans tous les établissements qui sont sous le contrôle du ministère de la Santé.

Le fait que plusieurs conditions soi-disant «psychiatriques» sont en fait simplement la manifestation d'une condition «médicale» non diagnostiquée était mentionné dans ce mémoire, et cela a conduit l'Enquête à recommander qu'un examen médical complet forme une partie obligatoire d'une évaluation formelle de la capacité.

B. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS D'ORDRE FINANCIER

Le test recommandé

Nous recommandons que le test général présenté plus haut soit réalisé sous la forme suivante : **Pour être considérée mentalement capable de prendre une décision d'ordre financier, une personne doit avoir l'aptitude :**

1) **de comprendre la nature de la décision financière et les options dont elle dispose;**
2) **de comprendre sa relation avec les parties à la transaction et les bénéficiaires potentiels de la ou des transactions qui donnent lieu à la décision; et**
3) **d'apprécier les conséquences de sa prise de décision.**

Considérations soulevées dans les exposés à l'Enquête

Université d'Ottawa - Hôpital général d'Ottawa

L'exposé du 29 mars 1989 du Dr. F.M. Mai de l'Université d'Ottawa - Hôpital général d'Ottawa comprenait un formulaire qui identifiait les questions suivantes comme étant celles qui devraient être considérées par un médecin lorsqu'il évalue la capacité du décideur à gérer ses biens :

[Traduction]

1) Est-ce que le malade est en proie à des idées délirantes ou à des hallucinations qui concernent expressément ses finances?

2) Le malade est-il orienté du point de vue du temps, du lieu, de la personne?

3) La mémoire du malade est-elle suffisamment intacte pour lui permettre de suivre les transactions et les décisions financières?

4) L'aptitude à calculer du malade est-elle suffisante pour lui permettre d'équilibrer ses comptes et de payer ses factures?

5) Le jugement du malade est-il déficient pour ce qui concerne les décisions financières?

6) Si le malade a effectué des investissements importants, ses connaissances générales sont-elles suffisantes pour lui permettre d'être conscient de ce qui se passe sur le marché financier?

Les questions ci-dessus semblent couvrir les déficits principaux qui pourraient diminuer la capacité d'une personne à gérer ses biens. Afin de s'occuper avec compétence de ses biens, on doit être conscient des réalités externes à un degré plus élevé que ce qui est requis pour prendre une décision en matière de traitement. La considération des idées délirantes comme une preuve d'incapacité demande, en plus du fait que le délire se rapporte à l'objet de la décision, que les garanties qui ont été discutées dans la section concernant l'évaluation formelle (ci-dessus) soient respectées. Les exigences en matière d'orientation vers l'information pertinente, de mémoire, et d'aptitude à calculer, varieront selon la nature de la décision ou des décisions qui doivent être prises. La cinquième question mentionnée ci-dessus devrait être formulée de façon plus concise en termes de déficits spécifiques du processus de pensée qui suscitent la conclusion que des déficits de jugement existent. La question finale a besoin d'être mise en forme dans le contexte de l'accès de la personne à de telles connaissances et de son désir de les obtenir. Le test concerne la capacité d'apprendre et, sur la base de l'information, de prendre une décision, et non les connaissances de la personne.

Angela Browne

L'exposé d'Angela Browne suggère que «[Traduction] retirer à quelqu'un le droit de gérer ses propres finances devrait être seulement un recours **ultime**», «devrait durer seulement pour la période de temps pendant laquelle le malade est **clairement** incapable», et que même lorsqu'elle a été déclarée incapable, la personne «[Traduction] devrait être autorisée à participer dans la mesure de ses possibilités afin d'assurer une influence maximum sur sa propre vie»[468]. Ce mémoire suggère qu'avant qu'une personne ne soit jugée incapable de gérer ses biens, il doit être prouvé que :

[Traduction]
1) le malade manifeste une mauvaise gestion de ses finances personnelles à un degré tel que cela engendre des privations économiques pour les personnes à sa charge;

[468] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'École de médecine-psychiatrie de l'Université d'Ottawa, daté d'octobre 1989.

2) une telle mauvaise gestion continue en dépit des conséquences graves qui résultent du comportement du malade;

3) des alternatives moins dures (par exemple, conseils financiers) se sont révélées peu utiles pour aider le malade;

4) le malade ne manifeste aucune appréciation des conséquences de la mauvaise gestion de ses finances.

Nous ne sommes pas d'accord avec la référence aux conséquences qui est requise par cet ensemble de critères. Nous notons également que l'exigence que la mauvaise gestion doit engendrer des privations pour les personnes à charge est trop subjective et échoue en même temps à empêcher une personne souffrant d'incapacité de gaspiller ses biens avant que ce résultat n'ait été atteint. La suggestion que l'on fournisse à la personne de l'aide pour dresser un budget et des plans relativement à ses biens est une suggestion positive, qui soutient l'autonomie du décideur en proposant une solution de rechange moins contraignante.

Ontario Medical Association

L'Ontario Medical Association suggère que le «[Traduction] malade devrait comprendre et évaluer la nature et l'importance de ses finances et les conséquences de ses décisions» et que le «[Traduction] malade ne devrait pas agir sur la foi d'une croyance délirante». Ces critères représentent un résumé concis de la capacité requise bien que, contrairement au test pour la capacité de consentir au traitement, cette capacité-ci requiert une compréhension et une évaluation concrètes plutôt qu'une «aptitude».

Association des psychiatres du Canada

L'article exprimant la position de l'APC a présenté plusieurs points à considérer lorsqu'on évalue la compétence financière d'une personne, et il suggère que les critères suivants soient utilisés pour effectuer cette détermination :

[Traduction]
1. Est-ce que le malade évalue l'importance d'être financièrement compétent et la raison de l'examen?

2. Est-ce que le malade a quelque appréciation réaliste de ses forces et faiblesses dans ce domaine?

3. Est-ce que le malade comprend la nature et l'étendue de l'actif, du passif, du revenu et des dépenses?

4. Le malade a-t-il dans le passé récent démontré une aptitude à prendre des décisions sensées et raisonnables en ce qui concerne ses affaires financières, et peut-on s'attendre à ce qu'il le fasse dans un avenir prévisible?

5. Le malade a-t-il, lorsque cela était nécessaire, utilisé convenablement les ressources disponibles, et a-t-il indiqué quelque volonté de le faire dans l'avenir?

Les préoccupations exprimées précédemment à propos des critères suggérés par l'APC pour la capacité de s'occuper de soi-même sont également applicables aux critères ci-dessus.

C. CAPACITÉ DE CHOISIR UN DÉCIDEUR SUBROGÉ

Le test recommandé

Nous recommandons que le test général présenté plus haut soit réalisé sous la forme suivante : **Pour être considérée mentalement capable de nommer un décideur subrogé, une personne doit avoir l'aptitude :**

1) **de comprendre la nature de la nomination et les responsabilités d'un décideur subrogé;**
2) **de comprendre sa relation avec le décideur subrogé proposé; et**
3) **d'apprécier les conséquences de cette nomination.**

Considérations soulevées dans les exposés à l'Enquête

Ontario Medical Association

L'exposé de mai 1989 de l'Ontario Medical Association suggère que le malade comprenne et évalue ses relations avec le subrogé et l'autorité qui lui a été donnée, qu'il y ait une certaine logique dans le choix, et que celui-ci ne soit pas le produit d'une croyance délirante.

Bureau du défenseur des droits des malades mentaux

L'exposé de mai 1989 du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux faisait plusieurs recommandations pour proposer des solutions aux problèmes qu'il a identifiés à propos des dispositions concernant le décideur subrogé dans la *Loi sur la santé mentale* actuelle. Étant donné que celles-ci ne portent que de manière périphérique sur les critères de la capacité à désigner un subrogé[469], nous espérons que ces suggestions font partie de celles qui sont prises en considération pendant l'examen du rapport Fram[470].

D. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS CONCERNANT LA DIVULGATION DE L'INFORMATION

L'évaluation de la capacité décisionnelle d'une personne quant à l'examen ou à la divulgation de l'information nécessite de considérer les conséquences possibles d'un tel examen ou d'une telle divulgation. Une telle considération suggère que ces décisions peuvent être subdivisées en deux groupes. Le premier concerne la divulgation du dossier clinique[471] au décideur, le second la divulgation du dossier à des tiers.

Dans la majorité des cas, l'absence de possibilité d'un impact significatif implique que la requête d'un décideur d'avoir accès à son dossier devrait être honorée, sans tenir compte de sa capacité mentale. Des exceptions à cette règle générale peuvent exister en ce qui concerne les personnes qui souhaitent consulter leur dossier afin d'élaborer des plans fondés sur le délire visant à causer un préjudice à elles-mêmes ou à ceux qui avaient donné l'information concernant leur comportement, s'occupaient d'elles, etc. Pour cette raison, il devrait y avoir une obligation pour la partie désirant empêcher la consultation du dossier par la personne de démontrer qu'un préjudice sérieux risque d'être causé soit à la

---

[469] Bien que l'adéquation de la performance du subrogé aurait peu d'impact sur les critères de la capacité à désigner un subrogé, de graves déficiences de ce genre tendront à décourager la désignation de subrogés et conduiront donc à une révision à la baisse de la norme qui doit être respectée avant qu'une personne ne soit considérée capable de prendre d'autres types de décisions.

[470] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire du St-Joseph's Hospital, daté d'octobre 1989.

[471] Il est à noter que le chap. 262 de la *Loi sur la santé mentale* L.R.O., 1980 utilise le terme «dossiers cliniques» et que le chap. 410 de la *Loi sur les hôpitaux publics* L.R.O., 1980 utilise le terme «dossiers médicaux» plutôt que le terme «dossiers cliniques» puisque ce dernier a un sens plus large.

personne soit à une autre personne par suite de la consultation, afin qu'une évaluation de la capacité sur ce type de décision ne soit effectuée. Nous recommandons donc que, là où une personne désire examiner son dossier clinique, la démonstration de la probabilité d'un préjudice sérieux, soit pour la personne, soit pour une autre personne, fasse office de seuil qui doit être atteint avant qu'une évaluation de la capacité de la personne ne puisse être effectuée[472]. Une fois que ce seuil a été atteint, le test de la capacité à consentir à la divulgation présenté ci-dessous s'appliquerait de la même manière que dans les cas impliquant la divulgation à des tiers.

La divulgation du dossier à des tiers présente une menace significative pour les intérêts privés du malade. Pour cette raison, le pouvoir de demander une telle divulgation devrait seulement être exercé par des personnes ayant la capacité de comprendre et d'évaluer les répercussions éventuelles de cette décision[473]. Nous recommandons que le droit général d'examiner le dossier clinique, comme il est décrit ci-dessus, ne s'applique pas à la divulgation du dossier à des tiers ou à la copie du dossier, si celle-ci risquait de mener à la divulgation du dossier à des tiers[474].

Le test recommandé

Nous recommandons que le test général présenté plus haut soit réalisé sous la forme suivante : **Pour être considérée mentalement capable de prendre des décisions concernant la divulgation de son dossier clinique, une personne doit avoir l'aptitude :**

1) **de comprendre la nature du dossier et le motif de la demande de divulgation;**

---

[472] Pour une discussion plus approfondie, voir le mémoire de l'Hôpital général Scarborough Grace de l'armée du salut, daté d'octobre 1989 et S. Kline «Release of Information: Mental Competency Considerations». (1989) 10 Health Law in Canada 144.

[473] À cet égard, il semble quelque peu anormal que l'art. 29a autorise le malade à «examiner ou copier» le dossier clinique, étant donné qu'il semblerait probable que le fait qu'il copie le dossier puisse de manière prévisible donner lieu à sa divulgation à des tiers d'une manière qui viole les règles exposées dans l'art. 29.

[474] Il semblerait que cette recommandation exigera qu'un amendement soit apporté à l'art. 29a de la *Loi sur la santé mentale*.

2) de comprendre sa relation avec les parties qui auront accès au dossier; et

3) d'apprécier les conséquences de la divulgation du dossier.

Considérations soulevées dans les exposés soumis à l'Enquête

Angela Browne

L'exposé d'Angela Browne suggère que les malades devraient être jugés compétents pour examiner ou divulguer les dossiers personnels à volonté. Ce droit serait cependant sujet à restriction dans les cas où l'examen a établi qu'un préjudice pour le malade en résulterait vraisemblablement[475].

Ontario Medical Association

L'exposé de mai 1989 de l'Ontario Medical Association fait une distinction entre examiner le dossier clinique et le copier. Le mémoire notait que «[Traduction] presque chaque malade qui voudrait examiner son dossier serait probablement compétent pour y avoir accès» et mentionnait que ceux qui désirent détruire le dossier ou causer un préjudice à d'autres sont des exemples d'exceptions. En ce qui concerne la divulgation à des tiers, l'exposé notait qu'il «[Traduction] y a risque de conséquences plus défavorables à copier et à divulguer les dossiers cliniques qu'à simplement consulter le dossier», et sur cette base notait que «[Traduction] le malade doit comprendre et évaluer les conséquences résultant du fait de copier ou de divulguer ses dossiers».

En substance, les recommandations de l'Enquête sont essentiellement les mêmes que celles qui sont appuyées par l'OMA, la principale différence touchant à la manière dont l'exigence de capacité est éliminée ou réduite en ce qui concerne l'examen du dossier par le malade.

---

[475] Cette approche est essentiellement la même que celle qui est exposée dans l'art. 29n de la *Loi sur la santé mentale*; pour une discussion plus approfondie, voir également le mémoire de l'École de Médecine - Psychiatrie de l'Université d'Ottawa, daté d'octobre 1989.

Commission publique des droits de la personne

Une copie de l'exposé du 10 octobre 1989 du ministère au sujet de la législation sur l'accès à l'information sur les soins de santé et la vie privée a été fournie à l'Enquête, et celle-ci est généralement d'accord avec ses recommandations relativement aux pratiques d'information équitables qui devraient s'appliquer aux dossiers cliniques.

Mississauga Hospital - Clinique infantile et familiale

L'exposé du 10 octobre 1989 du Mississauga Hospital exprime sa préoccupation que les dossiers cliniques des malades enfants ne soient pas rendus accessibles aux parents ou tuteurs, vu que ces dossiers contiennent souvent une documentation très délicate relative aux perceptions que l'enfant a d'autres membres de sa famille. Remarquant qu'une telle divulgation pourrait gravement porter atteinte aux intérêts privés de l'enfant, et à la confidentialité des communications avec le dispensateur de soins, nous recommandons que les dossiers psychiatriques des enfants ne soient pas divulgués à un parent ou à un tuteur à moins que l'enfant ne soit d'accord. La divulgation à des tiers nécessiterait donc le consentement tant de l'enfant que du tuteur.

E. APPLICATION DU PROTOCOLE D'ÉVALUATION PROPOSÉ - RÉSUMÉ

Les critères recommandés sont semblables au critère de «compréhension et d'évaluation» prévu dans la *Loi sur la santé mentale*. Ils ont été adaptés afin de refléter les exigences contextuelles des quatre catégories de capacité qui ont été étudiées dans cette Enquête. Même si des critères et un protocole ont été recommandés, l'évolution de la pratique en ce qui concerne les instruments, les techniques et les technologies empêche de faire des recommandations spécifiques en ce qui a trait à ces éléments. Nous comptons sur les chercheurs et sur les professionnels dans ce domaine pour mettre en pratique les recommandations susmentionnées en utilisant les meilleurs instruments et techniques disponibles.

GLOSSAIRE

Autonomie - fait référence à l'aptitude qu'a une personne de prendre soin d'elle-même. Cela comprend des mesures de la fonction physique (soit la capacité d'exécuter des tâches quotidiennes ou de prendre soin de soi-même (prendre un bain, manger) et la capacité d'exécuter des tâches connexes plus complexes (magasiner, cuisiner)), de la fonction mentale (en ce qui a trait à ce qui précède) et de la fonction sociale (soit le moral, le bonheur, l'adaptation, l'encouragement familial et social et l'activité.

Capacité - est un terme général qui est ambigu, chargé de connotations et généralement appliqué à travers un large éventail d'activités sociales pour identifier censément l'aptitude d'une personne à atteindre certains objectifs désirés. À cause de son ambiguïté et de son caractère potentiellement stigmatisant, nous parlerons plutôt de la «capacité décisionnelle», qui reflète de manière plus appropriée la nature circonscrite des aptitudes nécessaires à la prise de décisions spécifiques.

Capacité décisionnelle - est l'aptitude à effectuer un choix éclairé relativement à une décision spécifique.

Critères - aptitudes et autres paramètres qui doivent être dénombrés relativement à chacune des formes de capacité décisionnelle en question.

Décideur - la personne, qu'il s'agisse d'un malade dans un contexte de traitement, d'un détenteur de biens pour ce qui concerne les questions financières, ou de toute autre personne dont la capacité décisionnelle est en question.

Échelle variable contextuelle - une échelle variable qui s'applique au contexte de la question qui fait l'objet d'une décision. Ce genre d'échelle variable fait référence à des paramètres tels que l'importance de l'objet de la décision pour le décideur, mais ne prend pas en considération le choix que le décideur a effectué.

Échelle variable des conséquences - une échelle variable qui s'applique au choix effectué par la personne et plus particulièrement aux conséquences attendues de ce choix.

Effectivité - la mesure dans laquelle une technologie médicale, lorsqu'elle est appliquée à un problème médical, est bénéfique pour une population définie lorsqu'elle est utilisée dans l'univers réel de la communauté.

Efficacité - la mesure dans laquelle une technologie médicale, lorsqu'elle est appliquée à un problème médical, est bénéfique pour une population définie dans les conditions les plus idéales.

Évaluateur - l'organe, qu'il s'agisse d'une personne unique ou d'une équipe, qui a la responsabilité de déterminer si un décideur a ou non la capacité décisionnelle nécessaire pour être en mesure d'effectuer un choix éclairé relativement à une décision spécifique.

Évaluation préliminaire - évaluation initiale de la capacité décisionnelle, effectuée en réponse à des circonstances particulières.

Faux négatif - un résultat de test qui indique à tort qu'une personne est capable de prendre la décision en question.

Faux positif - un résultat de test qui indique à tort qu'une personne est incapable de prendre la décision en question.

Instruments - font spécifiquement référence aux outils bio-médicaux ou neuropsychologiques particuliers qui sont utilisés pour évaluer les aptitudes de la personne relativement aux critères spécifiques.

Négatif - un résultat de test qui démontre qu'une personne n'est pas incapable (la présomption et le fardeau de la preuve n'exigent pas qu'une personne prouve sa capacité mais exigent plutôt que la partie adverse prouve le contraire).

Positif - un résultat de test qui démontre qu'une personne est incapable (la présomption et le fardeau de la preuve n'exigent pas que la partie adverse démontre qu'une personne est incapable, faisant ainsi du succès dans cette tâche le résultat positif).

Sensibilité - l'aptitude d'un test à séparer ce qui est anormal de ce qui est normal.

Seuil - dans le protocole d'évaluation proposé le seuil fait référence au degré de preuve de l'incapacité qui est suffisant pour déclencher l'administration du test de dépistage.

Spécificité - l'aptitude d'un test à identitifer des états particuliers.

Test - fait référence à la mise en oeuvre d'un ensemble de critères à travers l'application de certains instruments et procédures.

Test de dépistage - dans le protocole d'évaluation proposé, le test de dépistage est un test relativement bref et simple qui est administré aux personnes dont la capacité a été mise en doute par certaines preuves d'incapacité ou suite à l'admission dans certains établissements.

Vrai négatif - un résultat de test qui indique correctement qu'une personne est capable de prendre la décision en question.

Vrai positif - un résultat de test qui indique correctement qu'une personne est incapable de prendre la décision en question.

ANNEXES

I. DISPOSITIONS LÉGALES PERTINENTES

A. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS EN MATIÈRE DE TRAITEMENT

La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, modifiée, comprend les dispositions suivantes :

art.1(g) «mentalement capable» État de la personne qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement.

art.1a(1) Une personne peut donner ou refuser son consentement au nom d'un malade qui n'est pas mentalement capable si elle a atteint seize ans, est selon toute apparence mentalement capable, est disponible et prête à donner ou à refuser son consentement et est décrite selon l'une des dispositions suivantes : L.R.O. 1980, chap. 264

1. Le curateur à la personne nommé pour le malade en vertu de la *Loi sur l'incapacité mentale*.
2. Le représentant du malade nommé en vertu de l'article 1b ou 1c.
3. La personne à laquelle le malade est marié ou la personne du sexe opposé avec laquelle il vivait dans une union conjugale hors du mariage immédiatement avant son admission dans l'établissement psychiatrique si, dans le cas de personnes non mariées, ces personnes :
   i. ou bien ont cohabité ensemble pendant au moins un an,
   ii. ou bien sont les parents du même enfant,
   iii. ou bien ont conclu un accord de cohabitation en vertu de l'article 53 de la *Loi de 1986 sur le droit de la famille*.
4. L'enfant du malade.
5. Le père ou la mère du malade ou la personne qui en a la garde légitime.
6. Le frère ou la soeur du malade.
7. Un autre proche parent du malade.
8. Le Tuteur public.

(2) Si une personne appartenant à une catégorie décrite au paragraphe (1) refuse son consentement au nom du malade, le consentement d'une personne appartenant à une catégorie n'est pas valide.

(3) Si deux ou plusieurs personnes décrites à des dispositions différentes du paragraphe (1) revendiquent le pouvoir de donner ou de refuser leur consentement au nom d'un malade, la revendication de la personne décrite à la disposition qui apparaît en premier dans ce paragraphe l'emporte.

(4) Si deux ou plusieurs personnes décrites à la même disposition du paragraphe (1) revendiquent le pouvoir de donner ou de refuser leur consentement au nom d'un malade, si elles sont en désaccord quant au fait de donner ou de refuser leur consentement et si leur revendication l'emporterait sur toute revendication en vertu du paragraphe (3), le refus l'emporte.

(5) La personne décrite à la disposition 3, 4, 5, 6 ou 7 du paragraphe (1) ne peut ni donner ni refuser son consentement au nom d'un malade à moins de faire une déclaration écrite certifiant les points suivants :

a) le lien entre elle et le malade;
b) le fait qu'elle a été personnellement en contact avec le malade au cours des douze mois précédents;

c) le fait qu'elle est prête à assumer la responsabilité de donner ou de refuser son consentement;

d) le fait qu'elle n'a pas connaissance de l'existence d'une autre personne décrite à la même disposition ou à une disposition précédente qui revendique le pouvoir de donner ou de refuser son consentement.

(6) La personne autorisée à donner ou à refuser son consentement au nom d'un malade le fait selon les désirs de celui-ci, si la personne sait que le malade les a exprimés pendant qu'il était, selon toute apparence, mentalement capable, et dans l'intérêt véritable du malade si la personne n'a pas eu connaissance de tels désirs.

(7) La personne qui cherche à obtenir le consentement d'une autre personne au nom d'un malade a le droit de se fier à l'exactitude de la déclaration écrite de cette autre personne en vertu du paragraphe (5), à moins qu'il ne soit pas raisonnable de le faire.

(8) La personne qui cherche à obtenir le consentement de quelqu'un au nom d'un malade est dégagée de la responsabilité de n'avoir pas demandé le consentement d'une autre personne qui a le droit de donner ou de refuser son consentement au nom du malade si, après des recherches raisonnables, elle n'a pas trouvé cette personne. 1987, chap. 37, art. 2 *en partie*.

art.1d(1) La personne qui n'a pas atteint seize ans est présumée n'être pas mentalement capable de donner son consentement pour l'application de la présente *loi*.

(2) La présomption qu'une personne n'est pas mentalement capable peut être infirmée si le médecin traitant, le conseil de révision ou un tribunal établit, conformément au paragraphe 29a(14), à l'article 35 ou 35b, que la personne est mentalement capable. 1987, chap. 37, art. 2, *en partie*.

art.30a(1) Le médecin traitant qui remplit un certificat d'admission en cure obligatoire ou un certificat de renouvellement donne ou transmet un avis écrit selon lequel il a rempli et déposé un tel certificat au malade qui fait l'objet du certificat et au directeur régional de la région, conformément à la *Loi sur l'aide juridique*, où est situé l'établissement psychiatrique. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 66, *en partie*.

(1a) Le médecin qui établit qu'un malade n'est pas mentalement capable de consentir à un traitement, d'examiner un dossier clinique ou de gérer ses biens donne ou transmet un avis écrit selon lequel il a établi ce fait au malade et au directeur régional de la région, conformément à la *Loi sur l'aide juridique*, où est situé l'établissement psychiatrique.

(1b) Le dirigeant responsable donne ou transmet un avis écrit selon lequel l'enfant a le droit de présenter une requête au conseil de révision en vertu de l'article 8a à l'enfant et au directeur régional de la région, conformément à la *Loi sur l'aide juridique*, où est situé l'établissement psychiatrique. 1986, chap. 64, par. 33(28).

(1c) Le médecin traitant d'une personne qui fait l'objet d'une demande d'évaluation aux termes de l'article 9 ou d'un arrêté en vertu de l'article 26 donne ou transmet à la personne un avis écrit de la demande ou de l'arrêté.

(1d) Le médecin qui, par voie de requête, demande au conseil de révision de rendre une ordonnance autorisant l'administration à un malade d'un traitement psychiatrique précis et d'un autre traitement médical connexe donne ou transmet un avis écrit de la requête au malade et au directeur régional de la région, conformément à la *Loi sur l'aide juridique*, où est situé l'établissement psychiatrique.

(1e) Les avis prévus aux paragraphes (1), (1b) et (1c), à l'exclusion de l'avis au directeur régional, informe le malade ou la personne :

a) d'une part, des raisons de sa détention;
b) d'autre part, de son droit d'avoir recours sans délai à l'assistance d'un avocat. 1987, chap. 37, art. 6.

(2) L'avis prévu au paragraphe (1), (1a) ou (1b) informe le malade et le directeur régional que le malade ou une personne agissant en son nom a le droit de se faire entendre par le conseil de révision si le malade ou cette personne donne ou transmet au dirigeant responsable ou au conseil de révision un avis écrit à cet effet. Le malade ou cette personne a le droit de demander une audience de cette façon. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 66, *en partie*, 1986, chap. 64, par. 33(2e)

art.33d(1) Une partie à l'instance doit avoir l'occasion d'examiner, avant l'audience, la preuve écrite ou documentaire qui y sera produite et les rapports qui y seront produits ou présentés en preuve, et d'en faire des copies. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 67, *en partie*.

(2) Sous réserve des paragraphes 29 (6) et (7), la partie à l'instance qui a seize ans ou plus et qui est mentalement capable, ou son avocat ou son mandataire, ou les deux, a le droit d'examiner le dossier clinique constitué à l'égard du malade et d'en faire des copies.

(3) Sous réserve des paragraphes 29 (6) et (7), si une partie à l'instance a moins de seize ans ou n'est pas mentalement capable, son avocat ou son mandataire a le droit d'examiner le dossier clinique constitué à l'égard du malade et d'en faire des copies.

(4) Le paragraphe (3) n'a pas pour effet d'empêcher l'avocat ou le mandataire visé au paragraphe (3) de divulguer le dossier clinique à la partie qu'il représente. 1986, chap. 64, par. 33(38).

art.35(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et aux articles 35a, 35b et 35c.

a) «électrochocs» Procédé de traitement de certains troubles mentaux qui provoque, par stimulation électrique du cerveau, une série de convulsions généralisées;
b) «qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande» En ce qui concerne la définition du terme «mentalement capable», état de la personne qui est capable de comprendre la nature de la maladie pour laquelle le traitement est proposé et le traitement proposé.
c) «intervention psychochirurgicale» Tout acte qui, par accès direct ou indirect au cerveau, enlève, détruit ou interrompt la continuité de tissus cérébraux normaux d'un point de vue histologique ou tout acte qui consiste à introduire des électrodes à demeure pour produire une stimulation par pulsations électriques afin de changer le comportement d'une personne ou de traiter une maladie psychiatrique. Sont exclus les actes neurologiques accomplis aux fins de diagnostic ou de traitement d'une affection organique du cerveau, d'une douleur physique réfractaire ou de l'épilepsie, lorsque ces problèmes sont clairement apparents.

(2) Aucun traitement psychiatrique ni autre traitement médical connexe n'est administré à un malade :

a) si le malade est mentalement capable, sans son consentement volontaire et éclairé;
b) si le malade n'est pas mentalement capable, sans que soit réalisée l'une des conditions suivantes :

i) la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade consent au traitement,
ii) le conseil de révision a rendu une ordonnance autorisant l'administration du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés,
iii) un médecin certifie par écrit qu'un danger immédiat et grave menace la vie, ou un membre ou un organe vital du malade et nécessite un traitement immédiat et le médecin croit qu'un retard dans l'obtention du consentement risquerait de mettre la vie, un membre ou un organe vital du malade en danger.

(3) Le sous-alinéa (2) b) (iii) n'autorise que l'administration du traitement nécessaire pour préserver la vie du malade ou lui permettre de conserver un membre ou un organe vital.

(4) Le consentement donné par l'une des personnnes suivantes :

a) un malade en cure obligatoire;
b) une personne autorisée par la présente *loi* à donner son consentement au nom d'un malade, à un traitement psychiatrique et à un autre traitement médical connexe ne comprend pas et n'est pas réputé comprendre le consentement à une intervention psychochirurgicale.

(5) Pour établir si un traitement psychiatrique et un autre traitement médical connexe précisés sont dans l'intérêt véritable d'un malade, la personne autorisée à donner ou à refuser son consentement au nom du malade étudie les facteurs suivants :

a) si le traitement psychiatrique précisé permettra ou permettra probablement d'améliorer dans une grande mesure l'état mental du malade;
b) si l'état mental du malade s'améliorera ou s'améliorera probablement sans le traitement psychiatrique précisé;
c) si l'effet bénéfique prévu du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés l'emporte sur le risque d'effets néfastes;
d) si le traitement psychiatrique précisé est le moins contraignant et le moins perturbateur qui satisfait aux exigences des alinéas a), b) et c). 1987, chap. 37, art. 11.

art.35a(1) Le médecin traitant d'un malade en cure obligatoire peut, par voie de requête, demander au conseil de révision de rendre une ordonnance autorisant l'administration d'un traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés au malade si ce dernier n'est pas mentalement capable, dans l'un des cas suivants :

a) si une personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement à un tel traitement au nom du malade a refusé de ce faire;
b) dans les circonstances décrites au paragraphe 1a(4).

(2) Le conseil de révision n'étudie pas la requête à moins que n'y soient jointes les déclarations signées du médecin traitant et d'un psychiatre qui n'est pas membre du personnel médical de l'établissement psychiatrique dans lesquelles chacun affirme qu'ils ont examiné le malade et qu'ils sont d'avis que les conditions suivantes sont réunies :

a) le traitement psychiatrique précisé permettra ou permettra probablement d'améliorer dans une grande mesure l'état mental du malade;
b) l'état mental du malade ne s'améliorera pas ou ne s'améliorera probablement pas sans le traitement psychiatrique précisé;
c) l'effet bénéfique prévu du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés l'emporte sur le risque d'effets néfastes;

d) le traitement psychiatrique précisé est le moins contraignant et le moins perturbateur qui satisfait aux exigences des alinéas a), b) et c).

(3) Chacune des opinions exprimées dans les déclarations décrites au paragraphe (2) est motivée.

(4) Le conseil de révision peut, par ordonnance, autoriser l'administration du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés s'il est convaincu que les conditions suivantes sont réunies :

a) le traitement psychiatrique précisé permettra ou permettra probablement d'améliorer dans une grande mesure l'état mental du malade;
b) l'état mental du malade ne s'améliorera pas ou ne s'améliorera probablement pas sans le traitement psychiatrique précisé;
c) l'effet bénéfique prévu du traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés l'emporte sur le risque d'effets néfastes;
d) le traitement psychiatrique précisé est le moins contraignant et le moins perturbateur qui satisfait aux exigences des alinéas a), b) et c).

(5) L'ordonnance peut être assortie de conditions et doit préciser sa durée de validité.

(6) Aucune ordonnance du conseil de révision n'autorise ni n'est réputée autoriser une intervention psychochirurgicale ni l'administration d'électrochocs.

(7) Le médecin traitant, le malade et les autres personnes que le conseil de révision peut préciser sont parties à l'instance introduite devant le conseil de révision.

(8) Si le malade n'est pas mentalement capable, sont également parties à l'instance, suivant le cas :

a) la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade;
b) dans les circonstances décrites au paragraphe 1a(4), toutes les personnes qui y sont décrites.

(9) Le dirigeant responsable avise sans délai le Tuteur public lorsqu'une requête est présentée en vertu du présent article ou de l'article 35b relativement à un malade qui, selon ce qui a été établi, n'est pas mentalement capable de consentir à un traitement psychiatrique et à un autre traitement médical connexe, s'il lui semble que le malade ne sera pas représenté à l'audition de la requête.

(10) Dès qu'il reçoit un avis aux termes du paragraphe (9), le Tuteur public représente le malade à l'audition de la requête à moins qu'il ne soit convaincu qu'une autre personne représentera le malade.

(11) Si une partie interjette appel d'une ordonnance autorisant l'administration au malade d'un traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés ou d'un programme de traitement psychiatrique et d'un autre traitement médical connexe précisés, le traitement ni le programme de traitement ne sont pas administrés tant que l'appel est en instance, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal devant lequel l'appel a été interjeté.

(12) Les articles 33a, 33b, 33c, 33d, 33e et 33f s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une requête présentée en vertu du paragraphe (1). 1987, chap. 37, art. 12, en partie.

art.35b(1) S'il a été établi ou s'il est présumé, pour l'application de l'article 35, qu'un malade n'est pas mentalement capable, celui-ci peut, par voie de requête présentée sur la formule prescrite, demander au conseil de révision de mener une enquête afin de déterminer s'il n'est pas mentalement capable.

(2) Si une requête est présentée en vertu du paragraphe (1), le traitement psychiatrique proposé n'est pas administré tant que le conseil de révision n'a pas tranché la question ou, si le malade interjette appel de la décision, tant que la question n'est pas définitivement réglée, sauf ordonnance contraire d'un juge du tribunal devant lequel l'appel a été interjeté.

(3) Les articles 33, 33a, 33b, 33c, 33d, 33e et 33f s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une requête présentée en vertu du paragraphe (1). 1987, chap. 37, art. 12, *en partie*.

B. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS D'ORDRE FINANCIER

La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, modifiée comprend les dispositions suivantes :

art.36(1) Dès l'admission d'un malade à un établissement psychiatrique, un médecin l'examine afin d'établir si le malade est capable de gérer ses biens.

(2) Le médecin traitant peut examiner un malade et un médecin peut examiner un malade externe afin d'établir si le malade ou le malade externe est capable de gérer ses biens.

(3) Après avoir procédé à l'examen prévu au paragraphe (1) ou (2), le médecin ou le médecin traitant, selon le cas, inscrit sa décision motivée dans le dossier clinique du malade.

(4) Le médecin ou le médecin traitant qui procède à l'examen prévu au paragraphe (1) ou (2) et qui est d'avis que le malade ou le malade externe est incapable de gérer ses biens délivre un certificat d'incapacité rédigé sur la formule prescrite. Le dirigeant responsable transmet ce certificat au Curateur public.

(5) Si les circonstances sont telles que le Curateur public devrait immédiatement se charger de la gestion des biens d'un malade, le dirigeant responsable ou, si celui-ci est absent de l'établissement psychiatrique, le médecin ou le médecin traitant, avise le Curateur public, de la façon la plus rapide, de la délivrance d'un certificat d'incapacité.

(6) Le malade ou le malade externe peut nommer le Curateur public à titre de curateur à ses biens.

(7) La nomination faite aux termes du paragraphe (6) :

a) n'est pas valide à moins d'être signée et scellée par le malade ou le malade externe;
b) peut être révoquée au moyen d'une révocation écrite signée et scellée par le malade ou le malade externe.

(8) Si le Curateur public agit à titre de curateur aux biens d'un malade ou d'un malade externe lors de son admission ou de son arrivée à un établissement psychiatrique, un certificat d'incapacité est réputé avoir été délivré et transmis au Curateur public aux termes du paragraphe (4).

(9) Les paragraphes (1) à (8) ne s'appliquent pas au malade ou au malade externe dont les biens sont placés en curatelle aux termes de la *Loi sur l'incapacité mentale*. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 36.

art.38(1) Le Curateur public est curateur aux biens d'un malade ou d'un malade externe et s'occupe de la gestion de ses biens à la réception d'un des documents suivants :

a) un certificat d'incapacité;
b) un avis prévu au paragraphe 36(5);
c) l'avis d'une nomination faite aux termes du paragraphe 36(6);
d) un avis de prorogation de la curatelle en vertu de l'article 41. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 38.

(2) Si le procureur d'une procuration qui renferme une disposition visée à l'article 5a de la *Loi sur les procurations* convainc le Curateur public de l'existence de la procuration et l'avise de son intention de gérer tous les biens en vertu de la procuration, la curatelle du Curateur public en vertu des alinéas (1) a) et b) n'existe pas ou prend fin.

(3) Si la curatelle du Curateur public en vertu des alinéas (1) a) et b) n'existe pas ou prend fin en vertu du paragraphe (2), la Cour suprême peut, à la suite d'une requête présentée par le Curateur public, le nommer curateur aux biens du mandant. Dans ce cas, le Curateur public possède, selon ce que précise la Cour suprême, l'ensemble ou une partie des droits et pouvoirs que la présente loi lui confère en ce qui concerne la gestion des biens. 1983, chap. 75, art.1.

art.40 Le médecin traitant peut, après avoir examiné un malade ou un malade externe à cette fin, annuler le certificat d'incapacité délivré à l'égard de cette personne. Le dirigeant responsable fait parvenir au Curateur public un avis d'annulation rédigé sur la formule prescrite. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 40.

art.41(1) Si le Curateur public gère les biens d'un malade ou d'un malade externe, le médecin traitant examine cette personne dans les vingt et un jours qui précèdent sa mise en congé d'un établissement psychiatrique afin d'établir si elle sera capable de gérer ses biens.

(2) Si, après avoir procédé à l'examen prévu au paragraphe (1), le médecin traitant est d'avis que le malade ou le malade externe sera incapable, après sa mise en congé, de gérer ses biens, il délivre un avis de prorogation de la curatelle, rédigé sur la formule prescrite, que le dirigeant responsable fait parvenir au Curateur public.

(3) Le dirigeant responsable transmet au Curateur public l'avis de mise en congé de l'établissement psychiatrique d'un malade ou d'un malade externe à l'égard duquel un certificat d'incapacité est en vigueur. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 41.

art.42 Le Curateur public cesse d'être curateur aux biens d'un malade ou d'un malade externe et abandonne la gestion de ses biens à l'un des moments suivants :

a) la réception d'un avis d'annulation du certificat d'incapacité du malade ou du malade externe;
b) la réception d'un avis écrit, signé et scellé par le malade ou le malade externe, de révocation de la nomination visée au paragraphe 36 (6);
ba) la réception d'une preuve satisfaisante de la procuration qui renferme les dispositions visées aux articles 5 et 5a de la *Loi sur les procurations* et de l'avis visé au paragraphe 38(2);
c) la réception d'un avis de mise en congé du malade ou du malade externe, à moins qu'il n'ait reçu à ce moment un avis de prorogation de la curatelle;

d) l'expiration d'un délai de six mois après la mise en congé du malade ou du malade externe, s'il a reçu un avis de prorogation de la curatelle. L.R.O. 1980, chap. 262, art. 42; 1983, chap. 75, art. 2.

art.43(1) Si un certificat d'incapacité ou un avis de prorogation de la curatelle a été délivré, le malade ou le malade externe peut demander, par voie de requête présentée sur la formule prescrite, au conseil de révision de mener une enquête afin d'établir si le malade ou le malade externe est capable de gérer ses biens. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 43(1); 1986, chap. 64, par. 33(59).

(2) À l'exception du fait qu'une seule requête peut être présentée tous les six mois, les articles 33, 33a, 33b, 33c, 33d, 33e et 33f s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, aux requêtes présentées en vertu du paragraphe (1). L.R.O. 1980, chap. 262, 43(2); 1986, chap. 64, par. 33(60).

La *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264, modifiée, comprend les dispositions suivantes, en matière d'incapacité mentale :

[Traduction]
art.1 Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente Loi :

e) «incapable mental» personne
   i) qui présente un état de développement mental atrophié ou déficient causé par des facteurs inhérents, ou une maladie ou une blessure; ou
   ii) qui souffre d'un désordre mental tel qu'elle nécessite des soins, de la surveillance et un contrôle pour sa propre protection et la protection de ses biens.
f) «incapacité mentale» l'état d'esprit d'un incapable mental;

art.7(1) Sur demande appuyée d'une preuve, le tribunal peut, par ordonnance, déclarer qu'une personne est un incapable mental s'il est convaincu que la preuve permet d'établir au-delà du doute raisonnable que cette personne est frappée d'une incapacité mentale. L.R.O. 1980, c. 264, art. 7(1).

(2) Les personnes suivantes peuvent faire une demande en vertu du paragraphe précédent :

a) le procureur général;
b) un ou plusieurs proches parents de la personne dont on allègue l'incapacité mentale;
c) le conjoint de la personne dont on allègue l'incapacité mentale;
d) le conjoint de fait de sexe opposé de la personne dont on allègue l'incapacité mentale;
e) un créancier;
f) toute autre personne. 1986, c. 64, art. 35.

(3) La personne dont on allègue l'incapacité mentale et toute personne lésée ou touchée par l'ordonnance a le droit de se pourvoir contre celle-ci.

(4) L'appel est régi par les mêmes règles de pratique et de procédure que celles qui régissent l'appel à l'encontre d'une ordonnance d'un juge du tribunal. L.R.O. 1980, c. 264, art. 7 (3,4).

art.8(1) Si le tribunal estime que le preuve ne permet pas d'établir au-delà de tout doute raisonnable l'incapacité mentale alléguée, ou pour tout autre motif qu'il juge opportun, il peut, au lieu de rendre une ordonnance en application du paragraphe 7(1), ordonner la tenue d'une instruction pour déterminer le bien-fondé de l'allégation d'incapacité mentale.

(2) Sous réserve de l'article 9, l'instruction a lieu avec ou sans jury, selon l'ordonnance du tribunal ordonnant l'instruction ou du juge qui le préside.

(3) Le tribunal fixe la date et l'endroit de l'instruction.

(4) Sous réserve de la compétence du tribunal, la personne dont on allègue l'incapacité mentale doit être présente à l'instruction et doit être interrogée, au moment et selon les modalités que peut prescrire le juge qui préside, ou à huis clos et, si l'instruction a lieu devant jury, avant que le jury ne se retire pour délibérer, selon les directives du juge qui préside, à moins que l'ordonnance du tribunal ordonnant l'instruction ou le juge qui préside à l'instruction n'en décide autrement.

(5) À l'instruction, l'enquête a pour seul but de déterminer si la personne intéressée est un incapable mental au moment de l'enquête et si elle est incapable de s'occuper d'elle ou de ses affaires. Le juge qui préside rend l'ordonnance qui s'impose, eu égard au résultat de l'enquête.

(6) La rédaction des procédures, l'inscription au rôle, l'instruction et toutes les procédures incidentes sont régies par les mêmes règles de pratique et de procédure que celles qui s'appliquent à toute autre instruction devant le tribunal ou un juge.

(7) La personne dont on allègue l'incapacité mentale et toute personne lésée ou touchée en conséquence ont le droit de s'opposer à un verdict ou de se pourvoir contre une ordonnance rendue à l'instruction ou par la suite, comme toute partie à une action devant le tribunal, notamment par voie d'appel, et le tribunal qui entend une telle requête ou un tel appel a les mêmes pouvoirs que s'il entendait une requête à l'encontre d'un verdict ou un appel d'un jugement prononcé à l'instruction d'une action ou par la suite.

(8) Sous réserve de l'article 11, l'ordonnance ou le jugement du tribunal ou, si l'instruction a lieu devant un jury, le verdict du jury, est définitif, sauf appel ou requête présenté en vertu du paragraphe (7). L.R.O. 1980, c. 264, art. 8.

art.9 Une personne dont on allègue l'incapacité mentale a le droit de demander, par un avis écrit à cet effet, donné à la partie qui demande l'ordonnance portant que la personne est un incapable mental, et déposé au greffe du tribunal de comté ou de district devant lequel les procédures ont été intentées, au moins dix jours avant le premier jour de l'instruction, que toute question visant à déterminer l'incapacité mentale soit entendue devant jury, et, dans ce cas, à moins qu'elle ne retire sa demande avant l'instruction, ou que le tribunal ne soit convaincu, en interrogeant lui-même l'incapable mental, qu'il n'a pas la capacité mentale voulue pour demander que l'instruction soit entendue devant un jury et qu'il rende une ordonnance à cet effet, la question est entendue devant un jury. L.R.O. 1980, c. 264, art. 9.

art.11(1) Sur demande présentée en tout temps après l'expiration d'un délai d'un an à partir de la date de l'ordonnance portant qu'une personne est un incapable mental, plus tôt avec la permission du tribunal, celui-ci peut, s'il est convaincu que la personne a retrouvé ses facultés mentales et qu'elle est capable d'administrer ses propres affaires, rendre une ordonnance à cet effet.

(2) Un appel peut être interjeté à l'encontre d'une telle ordonnance conformément aux paragraphes 7(3) et (4).

(3) Au lieu de rendre l'ordonnance visée au paragraphe (1), le tribunal peut ordonner la tenue d'une instruction pour établir le bien-fondé du rétablissement de la personne qui fait l'objet d'une déclaration ou d'une ordonnance portant qu'elle est un incapable mental.

(4) L'instruction ordonnée en vertu du paragraphe précédent est régie par les dispositions des articles 8 et 9.

(5) Lorsqu'il est jugé qu'une personne qui a déjà fait l'objet d'une déclaration portant qu'elle était un incapable mental a retrouvé ses facultés mentales et qu'elle est capable d'administrer ses propres affaires et que le délai pour interjeter un appel ou pour présenter une requête à l'encontre de l'ordonnance ou du verdict est expiré, ou si l'appel ou la requête à l'encontre de cette ordonnance ou de ce verdict a été définitivement rejeté, il peut être délivré une ordonnance pour annuler l'ordonnance portant que la personne était un incapable mental à toutes fins que de droit, sauf en ce qui concerne les actes posés à l'égard de la personne ou des biens de l'incapable mental alors que l'ordonnance était en vigueur. L.R.O. 1980, c. 264, art. 11.

C. CAPACITÉ DE CHOISIR UN DÉCIDEUR SUBROGÉ

La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, modifiée comprend les dispositions suivantes :

art.1b(1) La personne qui a atteint seize ans et qui en est mentalement capable a le droit de nommer un représentant qui a atteint seize ans et qui est selon toute apparence mentalement capable pour qu'il donne ou refuse son consentement au nom de la personne pour application de la disposition 2 du paragraphe 1a(1).

(2) La nomination d'un représentant se fait par écrit en présence d'un témoin.

(3) La nomination fait l'objet des conditions et des restrictions, le cas échéant, qui y figurent et qui ne sont pas incompatibles avec la présente loi.

(4) Le médecin traitant informe le malade, au moyen d'un avis écrit, de son droit en vertu du paragraphe (1) dans les quarante-huit heures qui suivent l'admission ou l'inscription du malade à l'établissement psychiatrique.

(5) Aussitôt que la chose peut se faire, le dirigeant responsable informe, au moyen d'un avis écrit, toutes les personnes qui sont des malades de l'établissement au moment de l'entrée en vigueur du présent article de leur droit en vertu du paragraphe (1).

(6) L'avis est rédigé sur la formule prescrite par les règlements et informe le malade des pouvoirs et des responsabilités d'un représentant en vertu de la présente loi.

(7) Le dirigeant responsable auquel un malade donne ou transmet une déclaration écrite de nomination d'un représentant la transmet sans délai au représentant.

(8) La personne qui a nommé un représentant peut révoquer par écrit cette nomination et peut nommer par écrit un nouveau représentant tant qu'il en est mentalement capable. Le paragraphe (7) s'applique avec les adaptations nécessaires pour ce qui est de la révocation et d'une nouvelle nomination. 1987, chap. 37, art. 2 *en partie*.

art.1c(1) Le malade qui a atteint seize ans, qui n'est pas mentalement capable de nommer un représentant et qui n'en a pas nommé en vertu de l'article 1b a le droit de demander au conseil de révision, par voie de requête, de nommer le représentant que le malade veut. Ce représentant est

chargé de donner ou de refuser son consentement au nom du malade pour l'application de la disposition 2 du paragraphe 1a (1).

(2) Le médecin traitant qui établit qu'un malade n'est pas capable de nommer un représentant informe, aussitôt que la chose peut se faire, le malade, au moyen d'un avis écrit, de son droit en vertu du paragraphe (1).

(3) L'avis est rédigé sur la formule prescrite par les règlements et informe le malade des pouvoirs et des responsabilités d'un représentant en vertu de la présente loi.

(4) Le malade, la personne proposée comme représentant, la personne qui serait autorisée en vertu du paragraphe 1a (1) à donner son consentement au nom du malade si le conseil de révision ne rend pas d'ordonnance en vertu du présent article et les autres personnes que le conseil de révision peut préciser sont parties à une instance introduite devant le conseil de révision en vertu du présent article.

(5) Le conseil de révision ne nomme un représentant du malade que si ce dernier approuve la nomination et que le conseil de révision est convaincu de ce qui suit :

a) le représentant a atteint seize ans;
b) le représentant est selon toute apparence mentalement capable de donner ou de refuser son consentement au nom du malade;
c) le représentant consent à la nomination;
d) il est dans l'intérêt du malade, selon le conseil de révision, de nommer cette personne en qualité de représentant.

(6) Le conseil de révision peut nommer en qualité de représentant du malade une personne autre que celle que demande le malade.

(7) La nomination faite par le conseil de révision peut faire l'objet des conditions et des restrictions qui y sont précisées, le cas échéant, selon ce qu'approuve le malade, et qui ne sont pas incompatibles avec la présente loi. 1987, chap. 37, art. 2, *en partie*.

La *Loi sur les procurations* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 386, modifiée comprend les dispositions suivantes :

1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

a) «incapacité juridique» Déficience mentale de nature à rendre nulle une procuration ou à y mettre fin, n'était la présente loi. «Capacité juridique» a une signification inverse.

b) «procureur» Mandataire en vertu d'une procuration. Si la procuration est donnée à deux mandataires ou plus, que ce soit conjointement ou solidairement, le mot s'entend de chacun d'eux. L.R.O. 1980, chap. 386, art. 1.

2. La procuration générale peut être rédigée selon la formule 1. Elle autorise le mandataire ou, s'il y en a plus d'un, les mandataires agissant conjointement ou solidairement, selon le cas, à faire pour le compte du mandant tout ce que celui-ci peut valablement faire par l'entremise d'un procureur. Elle est toutefois subordonnée aux conditions et aux limitations, s'il y en a, qu'elle exprime. L.R.O. 1980, chap. 386, art. 2

5. Est valable la clause expresse d'une procuration portant que cette dernière demeure en vigueur si le mandant perd sa capacité juridique. Cette clause peut être subordonnée à des conditions et à des limitations qu'elle exprime et qui ne sont pas incompatibles avec la présente loi. L.R.O. 1980, chap. 386, art. 5.

5a. (1) La procuration qui comprend la clause visée à l'article 5 peut également comprendre une clause telle que l'énoncé de la formule 1, pour exclure expressément l'application des alinéas 38 (1) a) et b) de la *Loi sur la santé mentale* dans le cas où, aux termes de cette loi, il est établi que le mandant n'a pas la capacité de gérer ses biens.

(2) Si la procuration qui contient la clause visée à l'article 5 est en vigueur le jour de l'entrée en vigueur de la *Loi de 1983 modifiant la Loi sur les procurations* et que le mandant n'a pas la capacité juridique le 1er janvier 1984, la procuration est réputée contenir la clause visée au paragraphe (1). 1983, chap. 74, art. 1.

7. Le mandant, pendant qu'il a la capacité juridique, peut révoquer la procuration contenant la clause visée à l'article 5. L.R.O. 1980, chap. 386, art. 7.

8. (1) La procuration qui contient la clause visée à l'article 5 devient nulle, malgré cette clause :

a) à la nomination d'un curateur au mandant en conséquence d'une ordonnance le déclarant incapable mental;

b) à la nomination d'une personne pour exercer la curatelle en conséquence d'une ordonnance aux termes de l'article 39 de la *Loi sur l'incapacité mentale* déclarant le mandant incapable de gérer ses affaires;

c) au moment où le Curateur public devient curateur aux biens du mandant, à moins que la procuration ne contienne également la clause visée à l'article 5a). L.R.O. 1980, chap. 386, art. 8; 1983, chap. 74, par. 2(1).

(2) La procuration qui contient les clauses visées aux articles 5 et 5a) devient nulle à la nomination par un tribunal d'un curateur aux biens du mandant. 1983, chap. 74, par. 2(2).

D. CAPACITÉ DE PRENDRE DES DÉCISIONS CONCERNANT LA DIVULGATION DE L'INFORMATION

La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, modifiée comprend les dispositions suivantes[476] :

art.29(1) Les définitions qui suivent s'appliquent au présent article et à l'article 29a,

a) «dossier clinique» Dossier clinique d'un malade constitué dans un établissement psychiatrique. S'entend en outre d'une partie d'un dossier clinique.

[476] Il est à noter que, tandis que la *Loi sur la santé mentale*, L.R.O. 1980, chap. 262, utilise l'expression «dossiers cliniques», la *Loi sur les hôpitaux publics*, L.R.O. 1980, chap. 410, utilise l'expression «dossiers médicaux».

b) «malade» S'entend en outre d'un ancien malade, d'un malade externe, d'un ancien malade externe et de quiconque est ou a été détenu dans un établissement psychiatrique. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29(1); 1986, chap. 64, par. 33(18); 1987, chap. 37, par. 4(1).

(2) Sauf dans les cas prévus aux paragraphes (3) et (5) et à l'article 29a, nul ne doit divulguer, transmettre ni examiner un dossier clinique. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29(2); 1986, chap. 64, par. 33(19).

(3) Le dirigeant responsable et le médecin traitant de l'établissement psychiatrique où un dossier clinique a été constitué peuvent l'examiner. Le dirigeant responsable peut divulguer ou transmettre un dossier clinique aux personnes suivantes ou permettre qu'elles l'examinent, à savoir :

a) quiconque, avec le consentement du malade si celui-ci est mentalement capable;
b) quiconque, avec le consentement de la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade si ce dernier n'est pas mentalement capable;
c) quiconque travaille dans l'établissement psychiatrique, aux fins d'évaluer, de traiter ou d'aider à évaluer ou à traiter le malade;
d) le directeur administratif d'un établissement de santé qui offre à ce moment des soins médicaux directement au malade, s'il le demande par écrit au dirigeant responsable;
e) quiconque offre à ce moment des soins médicaux directement au malade dans un établissement de santé, avec le consentement du malade ou, si celui-ci n'est pas mentalement capable, avec le consentement de la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade, ou sans le consentement de l'une de ces personnes si un retard dans l'obtention de leur consentement risque de mettre la vie du malade en danger ou de lui faire perdre un membre ou un organe vital;
f) quiconque, à des fins de recherche, d'enseignement ou de collecte de données statistiques. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29(3); 1986, chap. 64, par. 33(20); 1987, chap. 37, par. 4(2) à (6).

(3a)ABROGÉ : 1987, chap. 37, par. 4(7).

(4) Si un dossier clinique :

a) est transmis ou reproduit pour être utilisé à l'extérieur de l'établissement psychiatrique à des fins de recherche, d'enseignement ou de collecte de données statistiques, le dirigeant responsable enlève de la partie du dossier qui est transmise, ou de la copie qui en est faite, selon le cas, le nom du malade et tout moyen de l'identifier;
b) est divulgué à une personne ou qu'il est examiné par elle à des fins de recherche, d'enseignement ou de collecte de données statistiques, cette personne ne doit pas révéler le nom du malade ou tout moyen de l'identifier ni utiliser ou communiquer les renseignements ou les éléments d'information contenus dans le dossier clinique à des fins différentes de celles mentionnées ci-dessus.

(5) Sous réserve des paragraphes (6) et (7), le dirigeant responsable ou une personne qu'il a désignée par écrit à cet effet divulgue ou transmet un dossier clinique ou en permet l'examen conformément à une assignation de témoin, une ordonnance, un ordre, un arrêté, une directive, un avis ou une exigence analogue à l'égard d'une question en litige soulevée ou susceptible de l'être devant un tribunal compétent ou aux termes d'une loi.

(6) Si la divulgation, la transmission ou l'examen d'un dossier clinique est requis au moyen d'une assignation de témoin, d'une ordonnance, d'un ordre, d'un arrêté, d'une directive, d'un avis ou d'une autre exigence analogue à l'égard d'une question en litige soulevée ou susceptible de

l'être devant un tribunal compétent ou aux termes d'une loi, et que le médecin traitant précise, par écrit, qu'il est d'avis que la divulgation, la transmission ou l'examen du dossier, ou d'une partie précise du dossier :

a) ou bien risque probablement de nuire au traitement du malade ou à sa guérison;
b) ou bien risque probablement de causer :
   i) soit un préjudice à l'état mental d'un tiers,
   ii) soit des lésions corporelles à un tiers,

nul ne doit se conformer à cette exigence à l'égard du dossier, ou de la partie du dossier précisée parle médecin traitant, si ce n'est aux termes d'une ordonnance :

c) du tribunal qui est saisi de la question en litige ou qui est susceptible de l'être;
d) de la Cour divisionnaire, si la divulgation, la transmission ou l'examen n'est pas requis par un tribunal,

rendue à la suite d'une audience tenue à huis clos et après que le médecin traitant en a été avisé.

(7) Lors d'une audience tenue aux termes du paragraphe (6), le tribunal ou l'organisme étudie si la divulgation, la transmission ou l'examen du dossier clinique, ou de la partie du dossier précisée par le médecin traitant :

a) ou bien risque probablement de nuire au traitement du malade ou à sa guérison;
b) ou bien risque probablement de causer :
   i) soit un préjudice à l'état mental d'un tiers,
   ii) soit des lésions corporelles à un tiers.

À cette fin, le tribunal ou l'organisme peut examiner le dossier clinique et, s'il est convaincu que les conséquences mentionnées ci-dessus sont probables, il n'ordonne pas la divulgation, la transmission ou l'examen du dossier à moins d'être convaincu que cette mesure est essentielle dans l'intérêt de la justice.

(8) Si un dossier clinique est exigé conformément au paragraphe (5) ou (6), le greffier du tribunal ou de l'organisme devant lequel le dossier clinique est admis en preuve ou, s'il ne l'est pas, la personne à qui le dossier est transmis, le retourne au dirigeant responsable sans délai après qu'une décision a été rendue sur la question en litige qui nécessitait la transmission du dossier. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29(4) à (8).

(9) Nul ne doit divulguer, dans une action ou une instance devant un tribunal ou un organisme, des faits ou des renseignements concernant un malade, obtenus en l'examinant, en le traitant ou en aidant à l'examiner ou à le traiter dans un établissement psychiatrique, ou obtenus dans le cadre de ses fonctions dans cet établissement, sauf:

a) avant le consentement du malade, si celui-ci a atteint seize ans et est mentalement capable;
b) avec le consentement de la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade, si ce dernier n'a pas atteint seize ans ou n'est pas mentalement capable;
c) si le tribunal ou, dans le cas d'une instance qui n'est pas introduite devant un tribunal, la Cour divisionnaire décide, à la suite d'une audience tenue à huis clos et après que le malade ou la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade (si le malade n'a pas atteint seize ans ou n'est pas mentalement capable) en a été avisé, que la divulgation de ces renseignements est essentielle dans l'intérêt de la justice. L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29(9); 1986, chap. 64, par. 33(22) à (24); 1987, chap. 37, par. 4(8) et (9).

art.29a(1) Le malade mentalement capable a le droit d'examiner l'original ou une copie de son dossier clinique et d'en faire des copies, à ses frais. 1987, chap. 37, par. 5(1).

(2) Le malade qui désire examiner un dossier clinique ou en faire des copies présente par écrit une demande à cet effet au dirigeant responsable.

(3) Sous réserve du paragraphe (4), le dirigeant responsable autorise le malade à examiner l'original ou une copie du dossier clinique ou à en faire des copies.

(4) Dans les sept jours qui suivent le moment où le malade présente une demande en vue d'examiner son dossier clinique ou d'en faire des copies, le dirigeant responsable, sur l'avis du médecin traitant, peut, par voie de requête, demander au conseil de révision l'autorisation de refuser de divulguer la totalité ou une partie du dossier clinique.

(5) Le dirigeant responsable qui présente une requête au conseil de révision en vertu du paragraphe (4) donne au malade un avis écrit l'informant de la requête et des motifs qui la fondent.

(6) Dans les sept jours qui suivent le moment où il reçoit une requête présentée en vertu du paragraphe (4), le conseil de révision examine le dossier clinique du malade en l'absence de celui-ci et ordonne, au moyen d'une ordonnance écrite au dirigeant responsable d'autoriser le malade à examiner l'original ou une copie du dossier clinique ou à en faire des copies, à moins que le conseil ne soit d'avis que la divulgation du dossier clinique risque probablement :

a) soit de nuire gravement au traitement ou à la guérison du malade pendant son traitement à l'établissement psychiatrique;
b) soit de causer des maux affectifs ou physiques graves à une autre personne.

(7) Le malade et le médecin traitant peuvent présenter des observations au conseil de révision avant que ce dernier ne rende sa décision.

(8) Le conseil de révision entend les observations du médecin traitant en l'absence du malade.

(9) Le conseil de révision peut entendre les observations du malade en l'absence du médecin traitant.

(10) Si le conseil de révision est d'avis que la divulgation d'une partie du dossier clinique aura probablement une des conséquences décrites à l'alinéa (6) a) ou b), il marque ou enlève cette partie et l'exclut du champ d'application de l'ordonnance.

(11) Si le conseil de révision est d'avis qu'une partie ou la totalité du dossier clinique ne devrait pas être divulguée au malade, il permet au dirigeant responsable, au moyen d'une ordonnance écrite, de ne pas divulguer le dossier clinique ou une partie de celui-ci au malade. Le conseil précise dans l'ordonnance les motifs sur lesquels se fonde son refus.

(12) Les articles 33, 33a, 33b, 33c, 33d, 33e et 33f et la *Loi sur l'exercice des compétences légales* ne s'appliquent pas à une requête présentée aux termes du paragraphe (4).

(13) Le malade qui est autorisé à examiner son dossier clinique ou à en faire des copies possède les droits suivants :

a) demander la correction des renseignements qui y figurent s'il croit que le dossier comporte une erreur ou une omission;

b) exiger qu'une déclaration de désaccord précisant la correction qui a été demandée mais qui n'a pas été apportée soit annexée au dossier clinique;
c) exiger qu'un avis de la modification ou de la déclaration de désaccord soit donné aux personnes ou aux organismes auxquels le dossier clinique a été divulgué au cours de l'année qui précède la demande de la modification ou de la déclaration de demande de la modification ou de la déclaration de désaccord. 1986, chap. 64, par. 33(25), *en partie*.

(14) S'il est établi ou présumé, pour l'application du présent article ou de l'article 29, qu'un malade n'est pas mentalement capable, celui-ci peut, par voie de requête présentée sur la formule prescrite, demander au conseil de révision de mener une enquête afin de déterminer s'il est ou non mentalement capable. 1986, chap. 64, par. 33(25), *en partie*; 1987, chap. 37, par. 5(2).

(15) Les articles 33, 33a, 33b, 33c, 33d, 33e et 33f s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une requête présentée en vertu du paragraphe (14). 1986, chap. 64, par.33(25), *en partie*.

(16) Si le malade n'est pas mentalement capable, la personne autorisée en vertu de l'article 1a à donner son consentement au nom du malade a le droit d'examiner l'original ou une copie du dossier clinique concernant la mise en observation, l'évaluation, les soins et le traitement dont le malade a fait l'objet dans un établissement psychiatrique et d'en faire des copies. 1986, chap. 64, par. 33(25), *en partie*; 1987, chap. 37, par. 5(3).

(17) Les paragraphes (2) à (13) inclusivement s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à la divulgation du dossier clinique du malade à la personne visée au paragraphe (16). 1986, chap. 64, par. 33(25), *en partie*; 1987, chap. 37, par. 5(4).

II. JUSTIFICATION DE LA PRÉSENTE ENQUÊTE

A. La capacité et sa détermination dans le contexte juridique actuel de l'Ontario : justification de la présente enquête

1. La santé mentale dans une perspective historique : avant le milieu des années quatre-vingts

En grande partie pour des raisons historiques contingentes, le développement du problème de la détermination de la capacité s'est produit dans le domaine de la psychiatrie et du droit. Les vingt-cinq dernières années ont été marquées par des variations considérables dans l'attitude des législateurs à l'égard des lois sur la santé mentale et de la capacité dans ses relations avec les intervenants du système. Du fait de l'espace de temps relativement court, ces différentes attitudes continuent à être représentées aujourd'hui sous une forme ou sous une autre dans notre société. L'examen de l'histoire juridique récente de la loi sur la santé mentale fournit donc un cadre utile pour la considération des différentes attitudes de la société dans son ensemble, et plus précisément de ceux qui ont soumis des rapports à cette Enquête.

On oublie facilement à quel point notre compréhension et nos attentes ont changé durant le passé le plus récent par rapport à ceux qui sont perçus comme ayant une capacité douteuse. L'examen du contexte historique récent de cette Enquête sur la capacité mentale peut commencer sans inconvénient avec l'affaire *Barsy c. Gouvernement du Manitoba*[477]. Cette affaire impliquait un malade d'un établissement psychiatrique qui avait mangé avant le traitement par thérapie électro-convulsive, contrairement aux instructions médicales. Les convulsions le firent vomir, et Barsy s'étouffa dans son vomi. La veuve de Barsy engagea sans succès des poursuites pour négligence médicale. Ce qui est pertinent pour notre propos, c'est l'attitude du tribunal envers l'administration de l'établissement psychiatrique, les droits du malade, et le rôle de la loi dans les affaires concernant des personnes qui ont des difficultés psychiatriques. Avant de considérer la négligence médicale alléguée dans la cause, le tribunal fit les commentaires suivants :

> [Traduction]
> Le D[r] MacNeil témoigna de plus que le matin du 21 juin 1963, il avait vu deux garçons de salle qui poursuivaient Barsy dans la salle et dans le corridor et que Barsy avait dit «Je demande à voir mon avocat». M. Adam Deis, le surveillant de la salle, témoigna que Barsy avait protesté contre le traitement et avait demandé à voir son avocat, mais qu'il n'avait pas résisté physiquement. Plusieurs membres du personnel de l'hôpital ont admis que beaucoup de malades protestaient contre ce traitement, mais si le médecin en charge du traitement décidait qu'il était indiqué de le donner, il était donné, et si

[477] *Barsy c. Gouvernement du Manitoba* (1966), 57 W.W.R. 169 (Man. Q.B.).

nécessaire de force. La plaignante [la veuve de Barsy] n'a pas soutenu que l'absence de consentement au traitement de Barsy était un facteur dans sa réclamation. Il est évident qu'un tel établissement ne pourrait pas fonctionner correctement si l'on soutenait que le consentement du malade était légalement une condition préalable à l'administration du traitement prescrit[478].

En fait, non seulement tous les intéressés présumaient-ils que Barsy n'avait pas le droit civil de consentir au traitement même s'il était capable de le faire, mais la veuve présentait sa réclamation en partie sur le fait que l'on avait donné trop de liberté à Barsy avant l'administration du traitement. Elle soutenait que Barsy aurait dû être surveillé avant le traitement, afin de s'assurer qu'il ne mangerait rien. Cet argument ne fut pas retenu :

[Traduction]
Le fait que Barsy ne fut pas soumis à des restrictions et consomma de la nourriture qui reflua et qui causa sa mort ne permet pas de déclarer le personnel de l'Hôpital psychiatrique de Brandon coupable de négligence. Je ne suis pas en position d'enseigner aux autorités de l'hôpital comment elles devraient se comporter avec des malades comme Barsy. Le seul élément de preuve dont je dispose est que leur politique consistant à ne pas surveiller de tels malades est généralement approuvée, et les résultats montrent que cette politique n'expose pas les malades à un risque sérieux[479].

L'attitude des tribunaux, il y a aussi peu que vingt-quatre ans, mise en évidence par l'affaire *Barsy*, était que la loi ne devait pas s'ingérer dans l'administration des établissements psychiatriques. Le mouvement en faveur des droits civils ne s'était pas développé jusqu'à prendre connaissance des droits des malades psychiatriques, et il était reconnu par toutes les parties que les finesses de la common law quant au consentement capable étaient inapplicables. On présumait pouvoir se fier aux médecins pour prendre les décisions appropriées.

Étant donné cette attitude, il n'est pas surprenant qu'il n'y ait eu aucune prise en considération de la capacité effective de Barsy à prendre la décision en matière de traitement. Ce critère, qui est aujourd'hui d'une importance considérable, était tout simplement hors de propos par rapport à la perspective qu'adoptait la loi à cette époque.

Quoique l'affaire *Barsy* fût une cause du Manitoba, une attitude similaire était implicite dans la loi de l'Ontario du début au milieu des années soixante. À la suite de la dernière grande révision de la législation en 1935[480], l'internement était

[478] *Barsy*, p. 171 et s.

[479] *Barsy*, p. 172 et s.

[480] *Mental Hospitals and Schools Act*, L.O. 1935, chap. 39.

placé entièrement sous le contrôle de la profession médicale, et de manière frappante, aucune révision des décisions d'internement n'était prévue. De même, la libération était entièrement laissée à la discrétion du directeur de l'établissement.

La loi en vigueur au début des années soixante ne faisait aucune mention du droit au traitement, sans parler de l'accès aux dossiers ou de la prise de décision à titre de décideur subrogé. On peut seulement comprendre que le type de régime examiné dans l'affaire Barsy était en vigueur durant cette période.

Cette loi examinait la gestion des biens des malades dans les établissements psychiatriques. Le Curateur public était curateur ex officio aux biens de tous les malades, sauf les malades volontaires et les «*habitués*», c'est-à-dire les malades admis pour des problèmes reliés à la consommation de drogue ou d'alcool[481]. Les malades volontaires et les «*habitués*» ne pouvaient être placés sous la surveillance du Curateur public sans une désignation volontaire signée par le malade. En conséquence, tous les malades internés étaient placés sous la surveillance du Curateur public, quel que soit leur niveau de capacité, et aucun autre malade ne pouvait être placé sous sa surveillance, peu importe son incapacité. Ainsi, si la loi examinait le besoin d'une gestion des biens du malade pendant l'hospitalisation, elle ne s'attaquait en aucune manière à la question de la capacité.

Les années soixante furent une période où la croissance et le développement en matière de santé mentale furent rapides. La découverte des neuroleptiques avait créé un nouvel éventail de possibilités de traitement des maladies mentales. Comme la durée des hospitalisations devenait plus courte, un mouvement pour des services communautaires en santé mentale apparut. La direction des Services de santé mentale du ministère de la Santé fut créée en 1966. La psychiatrie connaissait un élan d'optimisme et une plus grande respectabilité dans le public. Les nouvelles attitudes conduisirent à une modification par étapes de la *Loi sur les hôpitaux psychiatriques* et à son remplacement à la longue par une nouvelle *Loi sur la santé mentale*, en 1967[482]. L'optimisme à propos des soins de santé mentale qui fut caractéristique de cette période se manifestait tant dans la *Loi* que dans les

[481] Avant 1960, le Curateur public assumait le contrôle des biens des malades volontaires et des habitués après une détention de trois mois : voir la *Loi sur les hôpitaux psychiatriques* L.R.O. 1950, chap. 229, art. 69. Cet article fut modifié par la *Loi sur la santé mentale* L.R.O. 1960, chap. 67, art. 7.

[482] *Loi sur la santé mentale* L.O. 1967, chap. 51.

discours accompagnant son introduction[483]. Il est important de remarquer, cependant, que bien que les commentaires entourant cette «législation sociale» suggèrent l'apport d'un bénéfice aux personnes dans le besoin, la *Loi* elle-même était en général silencieuse sur les questions en matière de traitement[484]. On croyait vraisemblablement que les personnes dans le besoin consentiraient au traitement proposé, ou encore, comme dans l'affaire *Barsy*, que leurs opinions sur la question ne méritaient pas d'être prises en considération. De même, les droits de consulter le dossier clinique et de désigner un décideur subrogé n'étaient reconnus d'aucune façon.

À l'appui des droits individuels, la *Loi* exigeait pour la première fois que

---

[483] Par exemple, dans son discours introduisant la nouvelle législation, l'Honorable M.B. Dymond, alors ministre de la Santé, remarquait que :

> [Traduction]
> La législation sur la santé mentale a eu traditionnellement un caractère permissif et passif, sanctionnant l'établissement de services psychiatriques. Reflétant les progrès qui ont été faits en matière de soins et de traitement des malades mentaux, la Loi sur la santé mentale de 1967 donnera une direction et un soutien positifs au développement plus complet du programme provincial de santé mentale. ... [La loi] stimulera et soutiendra davantage la croissance et le développement continus d'un système intégré et équilibré de services complets en santé mentale dans nos centres de population les plus importants. ... À la fin, chaque région de l'Ontario sera capable d'offrir et de fournir tous les services qui sont considérés comme essentiels.
>
> Il n'est pas suffisant de simplement rendre disponibles des services modèles. Ces services doivent être facilement accessibles et attractifs pour ceux qui en ont besoin. En vertu de la nouvelle *Loi*, les procédures d'admission sont rationalisées, et le traitement de la maladie mentale se fera, partout où c'est possible, sur une base parallèle à celle qui existe pour la maladie physique. Les admissions volontaires, qui furent introduites par une modification à la *Loi sur les hôpitaux psychiatriques* en 1965, seront encouragées lorsque l'hospitalisation est requise. [Ontario, Legislative Assembly, *Debates*, à la p. 3638 (19 mai 1967)].

La seule discussion significative du projet de loi fut effectuée par la Nouveau parti démocratique, qui conclut le débat par le commentaire suivant de Stephen Lewis, député :

> [Traduction]
> M. le Président, juste avant que le projet de loi 64 ne soit voté, pourrais-je, dans un moment de concorde inaccoutumé, louer au nom de ce parti le ministre pour une législation sociale de premier ordre? J'espère que cette *Loi* aura beaucoup de succès dans sa mise en application. [Ontario, Legislative Assembly, *Debates*, à la p. 4580 (15 juin 1967)].

[484] L'article 26 stipule que le malade sera congédié d'un établissement lorsqu'il n'a plus besoin «d'y être mis en observation, ni d'y recevoir les soins et d'y suivre les traitements» que l'établissement offre, et l'article 23 autorise les transferts pour traitement vers des hôpitaux publics. Le seul article qui autorise spécifiquement le traitement est l'article 14(3) de la Loi, qui permet à un juge de rendre une ordonnance pour le traitement d'un accusé dans un établissement psychiatrique.

le médecin traitant détermine si oui ou non les malades hospitalisés étaient capables de gérer leurs biens[485]. Cette *Loi* distinguait également le fondement du placement en établissement et le besoin de traitement. Les personnes pouvaient être internées seulement si elles souffraient «d'un désordre mental d'une nature ou d'un degré nécessitant une hospitalisation dans l'intérêt de [leur] propre sécurité ou de la sécurité d'autrui»[486]. Auparavant, les malades pouvaient être internés si deux médecins généralistes jugeaient qu'ils étaient «mentalement malades ou mentalement déficients»[487]. De plus, la *Loi* de 1967 introduisait certaines garanties du respect de la légalité : des réévaluations périodiques par le médecin traitant étaient exigées[488]; et pour la première fois, le malade obtenait le droit de contester son internement devant un conseil de révision[489]. La conclusion d'incapacité à gérer les biens était également sujette à révision par le conseil de révision[490]. La *Loi* de 1967 peut donc être vue comme une loi de transition : tout en reflétant l'optimisme des années soixante dans sa conception de la santé mentale, elle commençait aussi à tenir compte des droits du malade.

Pendant les années soixante-dix, les attitudes changeaient progressivement et l'optimisme des années soixante s'estompait. Le financement des solutions de rechange communautaires par le gouvernement était insuffisant et les taux de renvoi aux établissements psychiatriques étaient considérables. La dyskénésie tardive et d'autres effets négatifs graves de la médication psychotropique étaient découverts. Des radicaux émettaient des doutes sur les bases les plus fondamentales de la médecine psychiatrique. Par exemple, Thomas Szasz publia en 1974 une critique de la psychiatrie intitulée *The Myth of Mental Illness*[491]. Des groupes d'assistance aux malades et d'entraide aux malades s'étaient constitués et faisaient pression pour une législation sur les droits du malade plus vigoureuse. Les commissions des droits de la personne recommandaient l'inclusion de «l'invalidité mentale» dans les catégories protégées de la discrimination par la

---

[485] Voir article 32.

[486] Voir article 8(1)(a).

[487] *Loi sur les hôpitaux psychiatriques*, L.R.O. 1960, chap. 236, art. 23.

[488] Voir article 13.

[489] Voir article 28.

[490] Article 39.

[491] T. Szasz, *The Myth of Mental Illness* (New York: Harper and Row, 1974).

législation sur les droits de la personne. C'est dans ce contexte que les modifications de 1978 à la *Loi sur la santé mentale* furent formulées.

Contrairement à la *Loi* de 1967, les modifications de 1978 furent vivement débattues par le corps législatif. Le débat tournait en grande partie autour des critères révisés de l'internement, par lesquels une définition plus précise de la norme antérieure de la sécurité du malade ou de la sécurité d'autrui était donnée. Quelques dispositions de procédure équitable furent prises, mais la majeure partie d'entre elles ne reçut pas l'assentiment royal avant 1984. Du point de vue historique, il est important de remarquer que la *Loi* de 1978 reconnaissait pour la première fois que les malades avaient certains droits relativement au traitement et à la divulgation du dossier.

Les dispositions portant sur ces deux sujets étaient complexes. Pour l'essentiel, c'était au médecin de décider de divulguer le dossier clinique à un malade capable qui avait atteint l'âge de la majorité. Des normes étaient fixées pour savoir quand le dossier clinique pouvait être divulgué à des tiers, et on donnait aux malades capables un rôle à jouer dans ce processus[492]. L'inclusion de ces dispositions revenait à reconnaître explicitement pour la première fois l'intérêt du malade envers les dossiers cliniques. En ce qui concerne le droit du malade à consulter l'information, cependant, le *status quo* n'était pas fondamentalement modifié; le fait d'autoriser l'accès des malades à leurs dossiers cliniques était sans aucun doute laissé à la discrétion du personnel de l'établissement psychiatrique avant les dispositions de 1978. La *Loi* ne prévoyait aucun mécanisme pour contester le refus de la part d'un médecin d'accorder à un malade l'accès à son dossier clinique. L'essentiel des dispositions touchait en fait principalement à la divulgation du dossier clinique à des tiers. L'article sur les dossiers de la *Loi* de 1978 est moins le signe d'un essor des droits du malade que d'une préoccupation naissante à propos de la confidentialité des dossiers médicaux dans leur ensemble[493].

On accordait aux malades capables en cure obligatoire le droit de refuser le traitement, bien qu'un tel refus fût sujet à annulation par le conseil de révision[494]. Une liste de décideurs subrogés était introduite pour les malades en cure

---

[492] *Loi sur la santé mentale* L.R.O. 1980, chap. 262, art. 29

[493] Cette préoccupation subsista en Ontario avec la publication du *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Toronto: Queen's Printer, 1980) (Commissaire : l'Honorable ministre de la Justice Horace Krever).

[494] Article 35.

obligatoire qui étaient incapables de prendre des décisions en matière de traitement[495]. C'était la première fois dans le droit de l'Ontario qu'un tel processus de prise de décision à titre de subrogé était formulé dans une loi.

La *Loi* de 1978 n'examinait pas explicitement les droits des malades informels en matière de traitement. Cependant, il y aurait eu de bonnes raisons de soutenir que la *Loi* présupposait le droit d'un malade informel capable de refuser un traitement. Les dispositions de la *Loi* peuvent être définies comme une restriction pour les malades involontaires du droit d'un malade capable en common law à refuser un traitement. Si un tel droit était dit exister pour les malades involontaires, quoique sous une telle forme restreinte, il devrait vraisemblablement exister pour les malades informels, puisqu'il ne serait pas logique d'avoir un régime plus restrictif pour les seconds que pour les premiers. Bien que cet argument n'ait jamais réellement été mis à l'épreuve devant un tribunal de l'Ontario, il devint plus contraignant alors que les cours réaffirmaient dans des affaires telles que *Hopp c. Lepp*[496] la règle fondamentale en common law qui disait que le traitement ne pouvait être administré légalement sans un consentement volontaire et éclairé. Avec la promulgation de la *Charte des droits et libertés* qui s'ensuivit, il était juste de présumer que les malades informels capables avaient acquis le droit légal de refuser le traitement, et l'héritage de l'affaire *Barsy* avait été enterré au moins du point de vue de la *Loi*.

La réévaluation sociale des droits légaux des personnes présentant des invalidités mentales continua. En 1980, le Code des droits de la personne de l'Ontario fut modifié afin d'inclure le «handicap» dans les catégories protégées de la discrimination. Avec la promulgation de la *Charte* en 1982, les personnes qui étaient «internées», y compris les personnes placées en établissement, reçurent le droit constitutionnel d'avoir un avocat-conseil[497]. De plus, les violations de la sécurité de la personne sanctionnées par l'État n'étaient constitutionnellement valides que si elles s'accordaient avec les principes de justice fondamentale[498]. Avec

---

[495] Articles 1(j), 35.

[496] *Hopp c. Lepp* [1980] 2 S.C.R. 192, 112 D.L.R. (3d) 67.

[497] *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle* de 1982 R.-U., chap. 11, article 10(b).

[498] *Charte canadienne des droits et libertés*, Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* R.-U., chap. 11, article 7.

la décision rendue dans l'affaire *Morgentaler, Smoling et Scott c. La Reine* [499], il a été établi que l'intervention de l'État dans les opérations médicales constituait une atteinte *prima facie* à la sécurité de la personne et qu'elle ne pouvait donc avoir lieu qu'en conformité avec les «principes de la justice fondamentale». Cette affaire, et d'autres, ont par ailleurs établi que l'article 7 de la *Charte* garantit davantage que l'équité procédurale et que la protection donnée par les principes de justice fondamentale s'appliquent pour permettre aux tribunaux d'écarter certaines dispositions de droit positif[500].

La promulgation de ces dispositions de la *Charte* donna l'impulsion pour la proclamation en 1984 des dispositions de procédure équitable relatives aux audiences du conseil de révision contenues dans la *Loi* de 1978. Les malades obtenaient un droit sans restriction de consulter tout document qui serait soumis au conseil de révision[501]. Les audiences du conseil de révision devenaient de plus en plus formelles, et les termes de la relation malade-médecin étaient de plus en plus sujets à contestation par l'une ou l'autre des parties devant le tribunal administratif. Un système de défenseurs des droits des malades fut introduit à cette époque dans les hôpitaux psychiatriques de l'Ontario. Le système fut étendu en 1985 pour inclure des «conseillers en droits», qui s'assuraient que les malades étaient conscients des décisions qui étaient prises à leur sujet en ce qui concerne l'internement, le traitement, et la capacité, et concernant les procédures de révision de ces décisions. Le conseiller en droits assistait également le malade, à sa requête, pour demander une aide juridique et obtenir un avocat-conseil. Le programme des conseillers en droits est maintenant en place aussi bien dans les hôpitaux psychiatriques provinciaux que dans les pavillons en psychiatrie des hôpitaux publics.

2. Capacité et santé mentale avant le milieu des années quatre-vingts

Les questions de capacité n'étaient pas ignorées dans le cadre législatif précédant l'adoption de la *Charte*. La *Loi sur les hôpitaux psychiatriques*, en vigueur

---

[499] *Morgentaler, Smoling and Scott v. The Queen* (1988), 37 C.C.C. (3d) 449 (S.C.C.).

[500] Cela fut autoritairement décidé par la Cour Suprême du Canada dans *Re. B.C. Motor Vehicle*, [1985] 2 S.C.R. 486.

[501] Ce droit a cependant été reconnu plus tôt par une décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Re. Abel and Advisory Review Board* (1980), 56 C.C.C. (3d) 153 qui imposa au Conseil de révision consultatif d'être juste.

au début des années soixante, est un exemple de loi qui reconnaissait la notion de capacité, comme le montre l'article concernant l'admission des malades en cure obligatoire :

> [Traduction]
> 21(1) Le directeur d'un établissement peut recevoir et détenir comme malade dans celui-ci toute personne nécessitant des soins et un traitement qui en fait volontairement la demande par écrit sous la forme prescrite **et dont la condition mentale, d'après l'opinion du directeur, est telle qu'elle la rend capable de faire cette demande**[502].

Il n'existait pas dans cette *Loi* de critères explicites ni de procédures pour déterminer la capacité, et la disposition ne faisait pas partie de la *Loi* de 1967.

La *Loi* de 1967 ne se préoccupait de la capacité que dans la mesure où elle concernait la gestion des biens. À cette fin, tous les malades des établissements psychiatriques seraient examinés lors de l'admission, et réexaminés lorsque le médecin traitant jugerait bon de le faire[503]. Le Curateur public était nommé curateur aux biens des personnes jugées incapables. Le malade avait le droit de contester ce jugement annuellement devant le conseil de révision[504]. Ce système devint disponible, quoique pas obligatoire, pour les malades externes en vertu des modifications de 1978[505], lesquelles faisaient également passer le droit du malade à contester le jugement devant le conseil de révision à une fois tous les six mois[506]. Pour le reste, le système d'examen et de révision est resté en grande mesure inchangé depuis 1967[507].

La *Loi* ne contenait aucune définition de la capacité à gérer ses biens, et à vrai dire continue de n'offrir aucune ligne directrice légale quant au sens de cette

---

[502] L.R.O. 1960, chap. 236, art. 21(1). Souligné par nos soins.

[503] L.O. 1967, chap. 51, art. 32.

[504] Art. 39.

[505] Voir *Loi sur la santé mentale* L.R.O. 1980, chap. 262, art. 36(2).

[506] Art. 43(2).

[507] Notez cependant les effets des modifications à la loi concernant les procurations, discutés plus en profondeur ci-dessous.

expression[508]. La jurisprudence de la *Loi sur la santé mentale*, tant devant les conseils de révision que devant les tribunaux, a été de peu d'utilité en ce sens.

Les modifications de 1978 à la *Loi sur la santé mentale* introduisirent la capacité comme facteur dans les questions relatives à la divulgation du dossier et au traitement des malades en cure obligatoire. La *Loi* donnait de plus la définition suivante de l'expression «mentalement capable» :

> 1g) «mentalement capable» État de la personne qui est capable de comprendre l'objet du consentement qu'on lui demande et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'elle donne ou refuse son consentement.

La *Loi* ne fournissait cependant pas de méthode pour déterminer la capacité mentale. Certains prétendirent que, comme la loi présumait la capacité et comme il n'existait pas dans la *Loi* de procédures pour la déterminer, l'incapacité juridique au sens de la loi pouvait seulement être le résultat d'une demande auprès du tribunal en vertu de la compétence antique de *parens patriae*, ou conformément à la *Loi sur l'incapacité mentale*[509]. La pratique universelle, cependant, était que le médecin traitant procédait à la détermination de la capacité mentale. Quoique cette habitude offrît la seule solution pratique, elle présentait des problèmes. Il n'est pas évident que la législation avait été adéquatement expliquée à ceux qui la mettaient en application, et les défenseurs des malades trouvaient généralement que la détermination de la capacité se confondait avec le besoin d'administrer un traitement. De toute façon, personne ne savait vraiment ce que la définition signifiait. Les groupes de défense des droits des malades et les défenseurs des malades se plaignaient que la capacité signifiait être d'accord avec le médecin traitant. Ces questions étaient encore plus compliquées dans le cas de la divulgation du dossier clinique, à propos de laquelle même les droits d'un malade capable étaient au mieux incertains, puisque l'article pertinent de la *Loi sur la santé mentale* prévoyait à première vue une discrétion sans bornes du médecin traitant quant à savoir si le dossier serait divulgué ou non.

---

[508] Remarquez que l'expression utilisée dans la *Loi sur la santé mentale* actuelle est «capable de gérer ses biens» : voir par exemple L.R.O. 1980, chap. 262 tel que modifié, art. 36. Ceci ne devrait pas être confondu avec «mentalement capable» comme défini dans l'article 1. Non seulement l'expression est-elle différente, mais la définition traite spécifiquement des questions entourant le consentement, et n'a donc aucune application directe aux problèmes de la gestion des biens.

[509] *Loi sur l'incapacité mentale* L.R.O. 1980, chap. 264. Cet argument était renforcé par les décisions de certains tribunaux des États-Unis, qui considéraient la détermination de la capacité comme une fonction judiciaire : voir par exemple *Rogers v. Commissioner of Department of Mental Health*, 458 N.E. 2d 308 (1983).

Comme la défense des malades se développait au début des années quatre-vingts, ces questions devinrent de plus en plus d'actualité. Le système existant, silencieux sur la question de la détermination de la capacité, ne pouvait plus fournir un forum significatif pour l'expression du débat.

3. Le milieu des années quatre-vingts : la Charte des droits et libertés et la législation apparentée

La *Loi* de 1978 n'était pas exempte de problèmes. Le fait qu'il n'y avait aucun mécanisme de détermination de la capacité a déjà été mentionné. Par ailleurs, les organisations libertaires civiles et celles de défense des droits des malades protestaient contre le fait que les souhaits d'un malade en cure obligatoire capable pouvaient encore être niés par le conseil de révision, et le traitement administré en dépit du refus de traitement compétent du malade. Lorsque les articles de la *Charte des droits et libertés* à propos de la non-discrimination entrèrent en vigueur en 1985, ces questions et d'autres devinrent critiques.

Le premier objet de débat public fut la *Loi de 1986 modifiant des lois concernant les droits à l'égalité*[510]. Il s'agissait d'un effort de la part de l'Ontario pour rendre ses lois conformes aux dispositions de non-discrimination de la *Charte*. Les questions tournant autour de la loi sur la santé mentale restaient, dans une large mesure, non traitées dans la version originale de la législation, en dépit de la garantie de non-discrimination à partir d'une invalidité mentale inscrite dans la *Charte*. Les questions de santé mentale furent cependant introduites par des personnes privées, et devinrent l'un des principaux centres du débat. La *Loi* définitive retirait le pouvoir du conseil de révision de passer outre au refus de traitement d'un malade en cure obligatoire capable, et accordait au malade capable un droit d'accès au dossier clinique. Le conseil de révision recevait juridiction pour examiner la conclusion d'un médecin traitant quant à savoir si un malade était ou non capable pour obtenir l'accès au dossier clinique, et si un malade en cure obligatoire était ou non capable de consentir au traitement. La *Loi* n'apportait aucune modification substantielle aux dispositions de traitement en ce qui concerne les malades informels (renommés «volontaires» afin de refléter l'usage existant dans

[510] *Loi de 1986 modifiant des lois concernant les droits à l'égalité* L.O. 1986, chap. 64, art. 33.

la profession)[511]. De nombreuses autres dispositions procédurales complexes étaient ajoutées à la *Loi*, en particulier en ce qui concerne le statut des malades pendant les audiences et les jugements en appel du conseil de révision.

Les modifications de 1986 à la *Loi* furent faites à la va-vite. Les modifications furent introduites par le Nouveau Parti Démocratique et soutenues par les Libéraux, et furent donc adoptées dans une situation de gouvernement minoritaire. Elles n'avaient pas été soumises à une analyse complète par les avocats du gouvernement, et un grand nombre des nouveaux éléments de procédure étaient presque universellement jugés désagréables ou impraticables. Certains groupes de la communauté, particulièrement la communauté médicale, estimèrent qu'ils n'avaient pas été convenablement consultés avant la promulgation du projet de loi de 1986. Dans ces circonstances, d'une manière prévisible, un autre projet de loi fut introduit en 1987.

La *Loi modifiant la Loi sur la santé mentale*[512] eut également une histoire tumultueuse. La législation, telle qu'introduite originellement, ne modifiait pas de façon significative les mécanismes en ce qui concerne la révision de la capacité. Elle autorisait le traitement d'un malade volontaire incapable moyennant le consentement d'un décideur subrogé. Le conseil de révision aurait à nouveau eu juridiction pour passer outre aux désirs compétents d'un malade en cure obligatoire en ce qui concerne le traitement, et un nouvel ensemble de dispositions procédurales compliquées concernant le statut pendant les audiences et les jugements en appel du conseil de révision était introduit. Finalement, d'une façon significative en ce qui nous concerne, on accordait aux personnes capables de le faire le pouvoir de choisir une personne apte à prendre des décisions pour elles dans les cas où elles cesseraient d'être capables de prendre des décisions à propos du traitement ou de la divulgation du dossier.

À nouveau, il devint clair qu'il n'y aurait pas de consensus quant aux termes de la nouvelle *Loi*. Plusieurs organisations et fournisseurs de services professionnels, des organisations représentant les familles des personnes ayant des problèmes de santé mentale, et des groupes de défense des droits des malades ont tous présenté des rapports sur le bien-fondé de la législation proposée. Les

[511] Le terme "malade informel" fut maintenu pour désigner des personnes comme les enfants, qui étaient détenues dans des établissements psychiatriques en vertu d'un pouvoir extérieur à la *Loi sur la santé mentale* : voir L.R.O. 1980, chap. 262, art. 1, tel que modifié par L.O. 1987, art. 37.

[512] *Loi modifiant la loi sur la santé mentale* L.O. 1987, chap. 37.

sentiments étaient intenses. La législation telle que promulguée différait à plusieurs égards du projet de loi original.

La *Loi* de 1987 représente la loi dont nous avons hérité. Pour l'essentiel, il n'y a plus de distinction entre les malades volontaires capables et les malades en cure obligatoire capables en ce qui concerne les droits en matière de traitement, les droits d'accès au dossier, la nomination de décideurs subrogés, ou la capacité à gérer des biens. Les malades capables ont un droit absolu de consentir au traitement ou de le refuser[513], et un droit comprenant certaines restrictions de consulter leur dossier clinique ou de le divulguer à un tiers. Ces décisions sont prises par un décideur subrogé (nommé un «représentant du malade» dans la *Loi*) dans le cas où le malade est incapable, bien que le refus de traitement par un représentant d'un malade en cure obligatoire incapable soit sujet à annulation par le conseil de révision dans des circonstances prescrites[514]. Le représentant du malade doit prendre sa décision en fonction des désirs exprimés par le malade durant ses périodes de capacité, si de tels désirs sont connus, et sinon dans l'intérêt véritable du malade. Pour les questions de traitement, une liste précise de critères doit être suivie lorsqu'on établit l'intérêt véritable du malade[515]. Les personnes capables peuvent nommer un représentant du malade de leur choix. Les dispositions concernant la capacité à gérer des biens sont inchangées depuis 1978, et demeurent, en grande mesure, inchangées depuis 1967. Les conclusions d'incapacité sont juridiquement distinctes, et il n'y a aucune incompatibilité légale, par exemple, à ce qu'une personne soit incapable de gérer ses biens et capable de consentir au traitement, ou vice versa.

La définition de 1978 de «mentalement capable» est demeurée inchangée, bien qu'elle soit davantage précisée en matière de traitement par l'article 35(1)b) de la *Loi*. Comme noté ci-dessus, elle ne s'applique pas à la capacité à gérer les biens, qui demeure un concept non défini dans la loi. Son application aux questions de capacité à nommer un représentant du malade et aux demandes de consultation du dossier clinique est problématique, puisque la rédaction de la

---

513 La *Loi* fait seulement référence au «traitement psychiatrique et au traitement médical apparenté». Les dispositions de la common law s'appliquent probablement à un autre type de traitement médical pour un malade résidant dans un établissement psychiatrique. Ainsi, le malade capable a le droit de consentir à un tel traitement ou de le refuser, mais les dispositions de la loi en ce qui concerne des décisions sur le traitement par des décideurs subrogés n'ont aucune application.

514 Au moment de la rédaction, ceci faisait l'objet d'une contestation en vertu des articles 7 et 15 de la *Charte*.

515 Article 35(5).

définition en fonction de situations où il est demandé à l'individu de consentir ne s'applique pas directement à ces situations.

C'est maintenant clairement au médecin traitant de déterminer la capacité à consentir au traitement, à gérer les biens, et la capacité pour les questions concernant l'accès au dossier clinique. Toutes ces déterminations sont révisables par le conseil de révision. Cependant, à l'exception de la capacité à gérer les biens, la *Loi* est silencieuse quant au moment où les déterminations devraient avoir lieu -- quel est l'événement déclencheur? La *Loi* est également peu claire s'agissant de savoir qui doit procéder à la détermination de la capacité à nommer un représentant du malade. Comme la *Loi* autorise des personnes qui ne sont pas malades à effectuer ces nominations, la personne effectuant cette détermination peut être autre que le médecin traitant.

L'effet de la loi actuelle est de faire de la détermination de la capacité, dans les différents contextes, une décision préliminaire essentielle pour le personnel des établissements psychiatriques. Par exemple, si un médecin devait à tort juger un malade incapable et le traiter moyennant le consentement d'un représentant du malade, le médecin serait passible de poursuites pour voie de fait, puisque le représentant du malade a l'autorité légale de prendre la décision seulement si le malade est de fait incapable. Le système actuel de procédure équitable devant les conseils de révision est une protection importante pour le médecin par rapport à de telles poursuites. Le fait que la détermination de la capacité par le médecin est maintenant directement révisable par le conseil de révision a cependant rendu cette décision beaucoup plus formelle d'un point de vue juridique pratique qu'en vertu de la législation antérieure.

Comme nous l'avons vu, c'est seulement récemment que les droits des malades psychiatriques à consentir au traitement, à nommer des décideurs subrogés, et à consulter leurs dossiers cliniques ont été reconnus en tant que sujet de réflexion. Les questions entourant la capacité ont été reconnues comme centrales encore plus récemment. En conséquence, un dialogue éclairé quant à la signification de la capacité est entamé en Ontario. Bien que certaines professions prestataires de services commencent à élaborer des programmes d'études dans ce domaine, il faudra des années avant qu'ils puissent être développés et que des personnes ainsi formées produisent un impact. L'Enquête a été nommée pour donner des lignes directrices aux fournisseurs de services exerçant maintenant dans le système. Comme l'Enquête et le comité consultatif en sont devenus de plus en plus conscients, il n'existe pas de réponses simples à ces questions. Ce sont des questions de droit, d'éthique, et de jugement clinique. Tous les types de praticiens,

que leur orientation soit médicale, philosophique, juridique, ou celle des sciences sociales, manquent d'un cadre d'ensemble pour considérer ces questions.

B. Problèmes concernant la population en général

C'est surtout une question de contingence historique si le débat sur les problèmes de capacité mentale a surgi dans le contexte des établissements psychiatriques. L'Enquête a été mise au courant d'un grand nombre de problèmes, dans une large mesure non considérés par la législation, auxquels fait face la communauté en général. Nous avons appris que 30 000 personnes sont dans les établissements de soins prolongés à un moment donné, et que 18 000 personnes résident dans des foyers pour personnes âgées. Il ne fait aucun doute que même pour un grand nombre de personnes dans la population en général, des sujets comme la capacité à consentir au traitement et à gérer des biens sont pertinents.

Le cadre juridique applicable à ces personnes est contenu dans la *Loi sur l'incapacité mentale* [516]. La majeure partie de cette *Loi* demeure inchangée depuis sa promulgation originale sous le titre de *Lunacy Act*[517]. Cette *Loi* donnait au tribunal juridiction pour nommer un curateur aux biens d'une personne jugée «démente». La *Loi* fut élargie en 1911 pour englober non seulement la démence, définie comme «[Traduction] idiotie et état mental précaire», mais aussi «[Traduction] l'infirmité mentale, résultant de la maladie, de l'âge ou d'une autre cause, ou encore d'une ivrognerie habituelle ou de la consommation de drogues»[518]. Les termes «démence» et «dément» furent remplacés par les termes «incapacité mentale» et «incapable mental» en 1937, et les définitions actuelles de «incapacité mentale» et «incapable mental» remontent à cette date[519]. Les caractéristiques définissant l'infirmité mentale n'ont pas été modifiées depuis leur introduction en 1911.

Mis à part quelques changements juridictionnels destinés à préciser quel tribunal pouvait considérer la demande pour une déclaration d'incapacité mentale,

---

[516] *Loi sur l'incapacité mentale* L.R.O. 1980, chap. 264.

[517] *Lunacy Act* (Ontario). 9 Edward VII (1909), chap. 37.

[518] Voir *Lunacy Law Amendment Act* 1 George V (1911), chap. 20. Cet article reste en vigueur, et est inclus comme article 39 dans la *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264.

[519] Voir *Lunacy Amendment Act*, 1937, L.O. 1937, chap. 39, art. 3.

le seul changement majeur à la *Loi* survint en 1964, lorsque la *Loi* fut élargie pour doter le tribunal d'un pouvoir explicite de désigner les curateurs à la personne pour les personnes mentalement incapables[520]. Avant cette date, reflétant les mêmes attitudes que celles qui ont déjà été notées à propos de la *Loi sur les hôpitaux psychiatriques*, la *Loi* concernait seulement les biens des personnes présumées être mentalement incapables. La juridiction sur la personne faisait partie de la juridiction résiduelle du tribunal, en vertu de sa compétence de *parens patriae*, et elle n'était probablement pas considérée suffisamment importante pour justifier une définition légale avant 1964. Reflétant à nouveau les attitudes des années soixante déjà notées, le développement de la *Loi* visant à englober la tutelle de la personne ne provoqua pas de débat à l'Assemblée législative, que ce soit pour ou contre.

Les dispositions de la *Loi sur l'incapacité mentale* en matière de tutelle d'une personne ont été à peu près inutilisées. La *Loi* entière a été longuement critiquée par la profession juridique comme étant en grande partie dépassée et indûment lourde. Le gouvernement provincial n'en ignorait pas les problèmes et, à partir du début des années soixante-dix, des représentants des ministères du Procureur Général, de la Santé, et des Services sociaux et communautaires commencèrent à se rencontrer à propos du problème de la législation sur la tutelle.

La réalité, c'est que faute de pouvoir s'en remettre à la *Loi*, les fournisseurs de services opéraient dans une large mesure dans un vacuum juridique. Il y a très peu de documentation utile sur le type de consentement qui était obtenu pour le traitement de ceux qui n'étaient pas capables de consentir par eux-mêmes. Il est évident que le traitement était donné moyennant le consentement des membres de la famille dans beaucoup de cas. Étant donné ce qu'était la situation dans les établissements de santé mentale, il semblerait que la détermination de la capacité n'était pas abordée comme une question à part, justifiant une détermination des aptitudes du malade avant l'obtention du consentement. Elle semblerait plutôt avoir été mêlée aux souhaits de la famille, aux souhaits du malade, et à l'efficacité du traitement, comme un facteur parmi d'autres dans la décision d'un médecin de traiter ou non.

Un règlement adopté en 1952 conformément à la *Loi sur les hôpitaux publics* était généralement considéré fournir une autorisation de prise de décision à titre de subrogé par un membre de la famille pour les décisions médicales effectuées au nom d'une personne qui était incapable de consentir en raison d'une incapacité

[520] *Loi sur l'incapacité mentale*, 1964, L.O. 1964, chap. 60, art. 5.

mentale ou physique[521]. Il ne fait aucun doute que l'on s'est appuyé sur lui dans ce but. Pour les décisions en matière de traitement médical hors de l'hôpital, et pour toutes les décisions de tutelle personnelle autres que des décisions médicales, les gens opéraient dans une large mesure sans s'en remettre à une autorité légale.

Les questions, pour la population en général, à la fin des années soixante-dix et au début des années quatre-vingts tendaient à concerner la gestion des biens des personnes jugées incapables, plutôt que la détermination de la capacité. Les modifications de 1979 à la *Loi sur les procurations* avaient autorisé un fondé de pouvoir à préciser que l'octroi du pouvoir continuerait, bien que le mandant devenu incapable ne fût pas d'accord[522]. Ceci n'annulait cependant pas les dispositions de la *Loi sur la santé mentale* en matière de nomination du Curateur public comme curateur. Lorsque les biens des personnes étaient placés sous la surveillance du Curateur public, leurs familles s'estimaient à juste titre ou non entièrement exclues de la gestion des biens. Le gouvernement autorisa finalement la procuration à exclure la participation du Curateur public même après la conclusion d'incapacité en vertu de la *Loi sur la santé mentale*, moyennant certaines garanties procédurales[523].

Le Procureur général d'alors, Roy McMurtry, nomma également en 1984 un comité consultatif pour émettre des recommandations sur «[Traduction] la loi relative à la gestion de la propriété des personnes incapables de gérer leur propre propriété». Présidé par Steve Fram de la Division politique du ministère du Procureur Général, le comité était composé de représentants d'une gamme étendue de ministères gouvernementaux, d'avocats, et d'experts financiers. Le comité rédigea un rapport intérimaire en août 1985, qui présentait une discussion générale de la *Loi* existante et des réformes nécessaires. Il reconnaissait qu'une détermination de la capacité était un élément essentiel de la réforme de la *Loi*, et formulait un test recommandé de la capacité à gérer la propriété[524]. Le rapport

---

521 *Loi sur les hôpitaux publics* O. Reg. 216/52, art. 43, consolidée comme R.R.O. 1980, Reg. 523, art. 42. Cet article fut modifié de façon mineure par O. Reg. 100/74, art. 11, consolidé comme R.R.O. 1980, Reg. 865, articles 50 et 51.

522 Ces modifications sont incorporées dans la *Loi sur les procurations* actuelle, L.R.O. 1980, chap. 386, comme article 5.

523 Voir *Loi de modification à la loi sur la santé mentale* L.O. 1983, chap. 75, articles 1 et 3.

524 Ontario, Ministère du Procureur général, *Interim Report on the Estates of Persons Incapable of Managing their Property*, (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1985) (Président : S. Fram) aux p. 55 et s.; *Powers of Attorney Amendment Act*, S.O. 1983, chap. 74.

était important, dans la mesure où il s'étendait au-delà des établissements psychiatriques et rejoignait la population dans son ensemble.

L'arrêt *Eve*[525] marque le point culminant du débat sur la tutelle personnelle. Cet arrêt portait sur la demande d'un parent pour obtenir la curatelle de la personne de sa fille adulte frappée d'un handicap mental, et l'autorisation de procéder à sa stérilisation non thérapeutique. Cette affaire avait fait les manchettes lorsqu'elle avait été plaidée devant la Cour suprême du Canada en juin 1985, et lorsque jugement a finalement été rendu en octobre 1986.

L'arrêt *Eve* est important à plusieurs titres. Sa célébrité tient d'abord au fait qu'il a défini l'étendue du pouvoir *parens patriae* du tribunal, en fonction des traitements que peut ordonner le tribunal dans le cas d'enfants incapables ou d'adultes. Cependant, pour les fins de la présente enquête, cet arrêt a traité une question encore plus importante : il a interprété un règlement de l'Île-du-Prince-Édouard dont le texte est identique au règlement ontarien pris en application de la *Loi sur les hôpitaux publics*. Or, il était couramment admis que ce dernier règlement accordait le pouvoir d'administrer un traitement médical à l'incapable adulte avec le consentement d'un proche parent. La cour a interprété le règlement comme suit :

> [Traduction]
> Comme il ressort clairement de l'art. 16, l'objet du règlement est de régir la construction, la gestion et l'exploitation des hôpitaux. Il n'a pas pour but de définir les droits des malades comme tels. L'article 48 du règlement (qui paraît avoir été adopté en vertu de l'alinéa 16 k)) n'autorise pas tant une opération qu'il n'ordonne plutôt qu'aucune ne soit effectuée en l'absence des consentements appropriés, sauf en cas de nécessité. Les consentements et les autorisations nécessaires énumérés constituent en droit des moyens de défense valides dans certaines circonstances contre une poursuite pour voies de fait qui pourrait être intentée par suite d'une opération non autorisée. Ainsi, aux fins de la gestion de l'hôpital, le règlement exige que ces consentements soient signés. Il ne prétend par réglementer la validité des consentements; cette question est régie d'une autre façon en droit. En fait, je doute plutôt que la Loi donne le pouvoir de prendre des règlements touchant aux droits de la personne, particulièrement à un droit fondamental visant l'intégrité physique de la personne. En l'absence d'un texte clair, il va de soi que les lois ne doivent pas être interprétées comme privant qui que ce soit d'un droit aussi fondamental. Bref, le règlement a pour but de prévoir la gestion des hôpitaux et non les droits de la personne[526].

Essentiellement, la cour a jugé que le règlement pris en vertu de la loi de

[525] *Re Eve*[1986] 2 R.C.R. 388, 13 C.P.C. (2d) 6, 31 D.L.R. (4th) 1, 8 C.H.R.R. D/3773, 71 N.R. 1, 61 NFLD. and P.E.I.R. 273, 185 A.P.R. 273, appel d'un jugement de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard.

[526] 13 C.P.C. (2d) 6, p. 21.

l'Île-du-Prince-Édouard s'appliquait de concert avec les lois pertinentes en matière de détermination d'incapacité mentale. Ce règlement ne pouvait, d'aucune manière, les remplacer ou s'appliquer de façon alternative. L'argument parallèle s'appliquait au texte ontarien, et il était loin d'être clair que le règlement pris en vertu de la *Loi sur les hôpitaux publics* donnait le pouvoir de traiter le malade incapable avec le consentement des proches parents.

En deuxième lieu, la cour a clairement établi que le pouvoir sur une personne dont on allègue l'incapacité mentale était défini dans la jurisprudence :

> [Traduction]
> Il découle de ce que je viens de dire que la jurisprudence en matière de tutelle constitue un guide solide pour l'exercice du pouvoir *parens patriae* même dans le cas des adultes. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à des lois comme la *Mental Health Act* pour autoriser un tribunal à exercer cette compétence à l'égard des adultes. Évidemment, il faut faire la preuve de l'incapacité.
>
> Cela constitue une différence entre la tutelle et la compétence de *parens patriae* à l'égard des adultes. Dans le cas des enfants, la Chancellerie a également une compétence en matière de tutelle et a donc une compétence inhérente pour en faire ses pupilles; ce n'est pas le cas des adultes atteints de déficience mentale (voir *Beall v. Smith* (1873), I.R. 9, ch. 85, à la p. 92). Toutefois, étant donné que le chancelier avait obtenu par lettres patentes, signées par le souverain, le pouvoir d'exercer la compétence de *parens patriae* de la Couronne pour protéger les personnes ainsi désignées après une enquête, cette différence entre les deux procédures n'a pas d'importance en l'espèce[527].

De plus, il ressort clairement de cet arrêt que c'était la Couronne, et non la famille, qui était principalement chargée des soins à la personne jugée incapable. Par délégation, les pouvoirs de la cour étaient exercés par la famille. En conséquence, la common law n'apportait aucun secours pour la prise de décision subrogée au nom d'un adulte incapable. En Ontario, nul n'avait le pouvoir de consentir au traitement d'un adulte incapable sans une requête au tribunal, et un tel traitement pouvait engager la responsabilité du médecin traitant pour voies de fait. Étant donné la complexité de la loi et du processus judiciaire dans son ensemble, les médecins, les hôpitaux et les autres dispensateurs de soins étaient mis dans une position intenable.

On peut soutenir qu'il s'agit là d'un énoncé du droit ontarien en date du présent rapport[528].

---

[527] 13 C.P.C. (2d) 6, p. 23.

[528] Même si l'arrêt Eve a peut-être mis en doute la validité générale des pouvoirs de prise de décision par un subrogé prévus dans la Loi, il n'est pas certain que cet arrêt ait pour effet d'invalider les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*. Il est difficile de soutenir que ces dispositions se limitent à régir, de façon

Afin de répondre aux questions sans cesse plus nombreuses en matière de tutelle, le gouvernement de l'Ontario a étendu le mandat du Comité Fram pour que celui-ci englobe tous les aspects de la prise de décision par un subrogé dans le cas de personnes frappées d'incapacité mentale. Le comité triministériel chargé des questions de tutelle a été intégré au comité plus important, et celui-ci a fait appel à des représentants des professions du travail social, de la psychologie, de la médecine et du service de protection des adultes, pour être membres.

Le Comité Fram a soumis son rapport en décembre 1987. Ce comité a refusé de recommander que ses suggestions soient étendues aux questions régies par la *Loi sur la santé mentale*. Cependant, certaines de ses recommandations en matière de traitement sont censées concorder avec les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*[529]. Par contre, le Comité aborde une grande variété de questions en matière de tutelle de la personne et de curatelle aux biens, qui ne sont pas régies par les dispositions de la *Loi sur la santé mentale*. Le comité a proposé un projet de loi qui était censé remplacer la *Loi sur l'incapacité mentale* et les règlements douteux pris en application de la *Loi sur les hôpitaux publics*. Ces recommandations visaient à tenir compte de la diversité des degrés de capacités selon les individus et les situations dans lesquelles ils sont placés. L'objet du projet de loi était de fournir un «filet de protection» pour aider les personnes dont les capacités sont limitées, à garder le plus d'autonomie possible selon leurs capacités. À cette fin, le Comité recommande que la compétence du *Bureau du Curateur public* soit élargie pour qu'il puisse rendre des décisions en matière de soins personnels en plus des questions purement patrimoniales, et que cet organisme soit chargé d'un rôle d'administration et de surveillance. Le nouvel organisme s'appellerait le Tuteur et Curateur public.

---

accessoire, la gestion de l'hôpital et, à la lumière de la précision avec laquelle le critère de l'intérêt véritable est défini au paragraphe 35(5), on peut soutenir que cette disposition semble codifier l'exercice des pouvoirs *parens patriae* de la Couronne.

[529] Il serait intéressant de déterminer l'efficacité de cette mesure. La liste de décideurs subrogés prévue en vertu du projet de loi diffère de celle prévue dans la *Loi sur la santé mentale*, et le rapport n'aborde pas explicitement la question de savoir laquelle de ces deux séries de dispositions aurait préséance. Les notes explicatives du rapport Fram laissent entendre que le projet de loi doit s'appliquer seulement aux malades en cure volontaire dans les établissements psychiatriques et non aux personnes interdites civilement. Il se peut que d'autres travaux sur les rapports entre ces deux mécanismes soient nécessaires avant la promulgation du projet de loi proposé dans le rapport Fram.

Le Comité Fram part du principe essentiel qu'une personne devrait être présumée capable d'agir à toutes fins, et que son entourage devrait pouvoir s'appuyer sur cette présomption à moins d'avoir des motifs raisonnables de croire que la personne n'est pas capable de prendre la décision en question. Ce principe est essentiellement une codification des règles de common law. Dans l'hypothèse où l'intervention est justifiée, celle-ci doit correspondre au minimum d'intervention nécessaire, eu égard aux circonstances.

Bien que le rapport Fram fasse un grand nombre de suggestions utiles en ce qui concerne la tutelle et la curatelle au plan de la procédure, seules les questions qui se rapportent aux problèmes de la capacité seront abordées en détail ici.

Le projet de loi définit la capacité en fonction des décisions à l'égard des soins personnels d'une part, et des décisions financières, d'autre part. L'article 6 du projet de loi fournit la définition suivante de la capacité de prendre des décisions financières :

> 6. Une personne est incapable de gérer ses biens si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant la gestion de ses biens, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision[130].

Le double critère de la compréhension et de l'appréciation se retrouve dans la définition de la capacité mentale prévue dans la *Loi sur la santé mentale*.

L'incapacité de prendre des décisions à l'égard de sa personne est définie à l'article 41 du projet de loi :

> 41. Une personne est incapable de prendre soin d'elle-même si elle ne peut pas comprendre les renseignements qui sont pertinents à la prise d'une décision concernant ses propres soins médicaux, son alimentation, son hébergement, son habillement, son hygiène ou sa sécurité, ou si elle ne peut pas évaluer les conséquences raisonnablement prévisibles d'une décision ou d'une absence de décision.

Encore une fois, un critère de compréhension et d'appréciation relativement élevé est exigé.

Un décideur subrogé pourrait être nommé pour une personne incapable de

---

[130] Rapport Fram, p. 164.

trois façons différentes. La personne pourrait nommer le subrogé par procuration signée au moment où il jouissait de ses facultés mentales. Le rapport parle alors de «procureurs», et ceux-ci pourraient se voir accorder des pouvoirs de prise de décision à l'égard des soins personnels, des biens ou des deux. Il s'agit là d'un principe de droit nouveau, puisque le droit actuel permet la nomination d'un procureur en matière patrimoniale seulement. Une procuration qui permettrait de prendre des décisions à l'égard des soins personnels ne pourrait prendre effet que si le procureur en fait la demande au Tuteur et curateur public. Des mesures de précaution au plan de la procédure équitable seraient prévues, et l'affaire pourrait être entendue devant la Cour de district, si nécessaire.

En outre, un subrogé pourrait être nommé par requête adressée au tribunal. Un tel subrogé porterait le nom de «tuteur», s'il était nommé pour prendre des décisions à l'égard des soins personnels et «conservateur», s'il était nommé pour prendre des décisions à l'égard des biens. Le tribunal aurait compétence pour limiter le pouvoir des curateurs aux domaines dans lesquels la personne n'aurait pas la capacité voulue, conformément aux définitions de capacité précitées. Encore une fois, cela représente une innovation par rapport au droit actuel, codifié dans la *Loi sur l'incapacité mentale*. En vertu de cette loi, sauf la distinction entre les questions patrimoniales et les questions de tutelle personnelle, une personne peut soit être jugée saine d'esprit, soit être jugée incapable : la capacité partielle n'étant pas, en règle générale reconnue en droit ontarien actuel[55]. La requête au tribunal pourrait être accompagnée de déclarations de membres de la famille ou d'autres personnes qui connaissent l'intéressé depuis un certain temps. Si une procédure sommaire était souhaitée, la requête pourrait être accompagnée de rapports d'examens effectués par un médecin et un autre médecin, psychiatre, travailleur social ou psychologue.

Par ailleurs, un conservateur pourrait être nommé suite à une évaluation professionnelle de la capacité. Un tuteur ne pourrait pas être nommé de cette manière. La personne aurait le droit de refuser une telle évaluation ou de refuser la nomination éventuelle du conservateur après cette évaluation. Dans ce cas, il serait encore possible de recourir aux autres procédures prévues dans la loi. Cette évaluation serait administrée par un psychiatre, un médecin, un psychologue ou un travailleur social. Selon le rapport Fram, la détermination de la capacité ne serait pas nécessairement du ressort d'un médecin ou d'un psychiatre.

[55] Voir *Clarke v. Clarke* (1982) 40 O.R. (2d) 383 (Cour de district).

Le rapport Fram traite brièvement du moment où la détermination de la capacité doit être faite. Le rapport prétend se fonder sur le postulat voulant que l'intervention soit justifiée dans le cas ou une personne souffre d'un préjudice sérieux, ou lorsqu'il y a risque d'un tel préjudice. Cependant, le projet de loi ne reprend pas clairement ce principe. La nomination de conservateur par l'évaluation professionnelle de la capacité aura lieu «si la capacité d'une personne de gérer ses biens est en question»[532]. Le processus judiciaire est déclenché par une requête au tribunal et il n'y a aucune restriction quant au moment où une telle requête peut être présentée[533]. De la même manière, les requêtes visant à donner effet aux procurations pour prendre des décisions à l'égard des soins personnels ne sont assujetties à aucune restriction en ce qui concerne le moment où cette requête peut être présentée ou la situation de celui qui accorde la procuration[534].

Le rapport du Comité Fram constitue l'étude officielle la plus récente des questions dont nous sommes saisis. Le sort réservé au rapport Fram demeure incertain. Le gouvernement n'a pas encore déposé les lois habilitantes requises. Cependant, un comité de mise en oeuvre, présidé par M. Bernard Starkman, a été constitué. Tandis que l'enquête appréciait les perspectives des divers groupes d'intérêt et les possibilités concernant les normes de capacité, l'incertitude à l'égard de la portée des dispositions légales actuelles en matière de prise de décision par un subrogé et à l'égard de celles qui s'appliqueront à l'avenir a donné de l'importance à ces facteurs, jusqu'ici non résolus.

La loi actuelle ne définit pas de procédures et de critères clairs à utiliser pour évaluer la capacité dans les différents contextes dans lesquels celle-ci peut poser un problème. Dans plusieurs cas, savoir qui a le devoir ou la responsabilité d'effectuer l'évaluation ou d'ordonner qu'elle soit faite est incertain, et le test paraît dans une large mesure être devenu un test arbitraire qui est effectué par le médecin traitant d'une manière non normalisée.

L'absence d'un test de seuil clair et de charges et procédures définies de façon non ambiguë rend les déterminations actuelles arbitraires et donc

---

[532] Paragraphe 14(1) du projet de loi.

[533] Articles 19 et 54 du projet de loi.

[534] Article 45 du projet de loi.

possiblement légalement invalides. En ce qui concerne la capacité décisionnelle en matière de traitement, ceux qui représentent les droits des malades ont fait remarquer que, «[Traduction] comme l'expression manque de lignes directrices claires, beaucoup de psychiatres ont pris sur eux la responsabilité de déterminer si l'étiquette s'applique ou non à leur malade à un moment donné»[535]. Ces inquiétudes montrent la nécessité de mettre en application une procédure uniforme et rationnelle afin de remédier à ce problème.

C. Perspectives sur la capacité et la santé mentale

L'Enquête doit tenir compte d'une grande diversité de perspectives, tant dans la société tout entière qu'au sein de notre comité consultatif. Les rapports montrent cet éventail d'opinions et d'approches. On doit reconnaître que ce qui suit provient d'une généralisation faite à partir des rapports et des avis des membres de notre comité consultatif. Aucun résumé de ce genre ne peut évidemment tenir compte de la diversité des points de vue de chaque catégorie.

Pour commencer, nous constatons, avec une légère déception, le manque de rapports en provenance du groupe client lui-même. Nous avons reçu des rapports provenant d'une grande variété de perspectives sociales, mais malheureusement relativement peu provenant du groupe le plus touché par nos déterminations[536]. Bien que de grandes généralisations puissent être tirées des rapports provenant d'autres groupes dans la société, il n'est malheureusement pas possible de fournir un point de vue fiable sur les opinions du groupe client.

De plus, très peu de personnes ou de groupes soumettant des rapports se sont identifiés expressément comme représentant des minorités sociales ou

---

[535] Angela Browne, *Submission to the Enquiry on Mental Competency*, 7 avril 1989, à la p. 1. Le rapport se poursuit par la suggestion que «[Traduction] cette ambiguïté peut être partiellement responsable du fait que beaucoup de malades reçoivent l'étiquette 'incapacité' simplement sur la base du refus de traitement».

[536] L'Enquête a reçu des mémoires du Conseil sur le vieillissement, de la Manic-Depressive Association of Metropolitan Toronto, du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux, d'Angela Browne et de Don Weitz, un activiste malade psychiatrique. De plus, des mémoires furent reçus de différents chapitres locaux de l'Association canadienne pour la santé mentale, qui joue un double rôle de prestataire de services auprès de ses membres et de défenseur de ceux-ci. De surcroît, plusieurs des membres de notre comité consultatif participaient aux représentations des malades et faisaient pression en faveur des droits des malades à divers titres.

culturelles[537]. Nous avons été informés par plusieurs organisations des problèmes culturels entourant la détermination de la capacité, du point de vue de la race, du sexe, de l'orientation sexuelle, et de la classe. Ces problèmes seront à nouveau présentés dans la discussion en détail des recommandations des mémoires, et dans l'exposé de notre ensemble éventuel de normes.

Les mémoires traitaient de la capacité à consentir au traitement, à l'exclusion presque totale des autres formes de capacité. Les commentaires des mémoires devraient être lus en gardant ceci à l'esprit. On a soutenu dans certains mémoires, par exemple, que les psychiatres ont un rôle unique et central à jouer dans la détermination de la capacité. Que l'on soit d'accord ou non avec cet énoncé, la logique de l'argument est relativement claire en ce qui concerne la capacité à consentir au traitement, un domaine dans lequel les professionnels médicaux ont des connaissances particulières. On voit moins comment la logique s'applique à une détermination de la capacité financière d'une personne qui reçoit des chèques de Bien-être social, étant donné qu'il n'est pas évident que les professionnels médicaux ont des connaissances particulières dans la gestion de ces chèques. Le fait qu'un grand nombre de mémoires furent écrits en ayant à l'esprit la capacité dans un contexte de traitement fausse de nombreux arguments.

De surcroît, en accord avec le développement historique des questions entourant la capacité, mais pas avec la portée véritable des problèmes entourant la détermination de la capacité, un grand nombre de mémoires reflétaient une expérience ancrée dans le système de santé mentale. Quoique ces perspectives aient été utiles et importantes, les mémoires ont été d'une moins grande utilité en ce qui concerne les personnes résidant dans d'autres types d'établissements et les personnes de capacité marginale vivant dans la société, particulièrement en matière d'états autres que des maladies mentales et des handicaps de développement.

Ces remarques étant faites, voici une vue d'ensemble des points de vue présentés dans les mémoires.

Nous avons reçu plusieurs mémoires provenant de familles où des personnes souffraient de problèmes psychiatriques, en particulier de schizophrénie. Ces mémoires faisaient état des difficultés que les familles ont eues pour traiter les

[537] Des mémoires furent reçus de la Commission ontarienne des droits de la personne, de l'Unité d'assistance sociale aux personnes âgées du service à la famille et à l'enfance juives, et de la Coalition pour les droits des personnes lesbiennes et gaies de l'Ontario. De plus, nous avions la chance d'avoir Terry Dokis, un travailleur social canadien autochtone, qui siégeait à notre comité consultatif.

problèmes que leurs membres ont vécus à l'intérieur du cadre juridique existant. Souvent, un mémoire racontait comment un fils ou une fille refusait un traitement, ce qui engendrait une récurrence de la maladie. Certains parents ont fait part de leur peur pour leur propre sécurité physique, dans le cas où l'enfant avait tendance à devenir violent dans cette situation. La plupart craignaient également pour la sécurité du fils ou de la fille, et nous avons entendu des récits pénibles de suicides éventuels de certains des membres de la famille concernée. Il n'y a aucun doute que les familles trouvent pénible de voir le fils ou la fille fonctionner à un niveau qu'ils considèrent comme indigne de son potentiel, en particulier lorsqu'il s'agit d'une maladie pour laquelle un traitement est disponible. Même lorsque le traitement peut ne pas être entièrement efficace ou peut engendrer certains effets nuisibles difficiles, comme certains l'expriment de façon si poignante, ne pas traiter est perçu comme fermer la porte à l'espoir.

Ce qui inquiète ces déposants, c'est que la loi actuelle empêche les personnes dans le besoin d'être soumises aux contraintes et au traitement qui leur sont nécessaires. Ils se rendent compte que même lorsqu'ils ont conscience que le fils ou la fille est sur le point de rechuter, les normes légales préviennent son internement, et que même si la personne est internée, elles peuvent autoriser le fils ou la fille à refuser le traitement. On a le sentiment que la famille, qui peut avoir une compréhension particulièrement développée du malade et de sa maladie, est exclue des décisions qui la concernent et cela est une source de frustration. Ceci est perçu comme causé en grande mesure par la loi existante, qui est estimée ne prévoir aucun forum pour les opinions des personnes qui sont le plus étroitement en contact avec le malade.

Les attitudes exprimées rappellent en un certain sens l'affaire *Barsy*. Au mieux, la loi est perçue comme étant un instrument insensible dans ce cas, ce qui conduit au sentiment que le système est devenu légalement trop orienté. Ces rapports reflètent une partie de l'optimisme des années soixante, posant que la psychiatrie est une panacée pour la maladie mentale, ou peut à tout le moins assurer au malade une existence grandement améliorée.

Savoir jusqu'à quel point le problème de l'internement est un problème de loi est ouvert au débat. La *Loi* autorise l'internement dans le cas où des lésions corporelles graves à la personne ou à autrui, ou un affaiblissement physique grave et imminent de la personne sont probables mais la difficulté peut se situer dans la prédiction de ces résultats. De plus, il faut remarquer que le formulaire d'internement signé par le médecin traitant autorise l'inclusion de faits qui sont

communiqués au médecin par d'autres personnes[538].

En ce qui concerne la capacité, un grand nombre de ces mémoires suggèrent que les procédures actuelles de détermination de la capacité et du consentement au traitement fonctionnent de façon à autoriser les malades de capacité marginale à refuser un traitement qui serait dans leur intérêt véritable. Les mémoires ne faisaient pas souvent la différence entre la détermination de la capacité dans un contexte de traitement et la question de savoir si l'on devrait ou non permettre à un malade capable de refuser un traitement, bien que le souci explicite ait parfois été exprimé que des personnes dont le refus de traitement pourrait être une conséquence prédictible de leur maladie ne devraient pas être reconnues capables de consentement. Le système entier était généralement perçu par ces personnes comme étant un obstacle à l'administration du traitement requis.

Pour être impartial vis-à-vis des familles qui ont soumis des rapports à l'Enquête, et compte tenu de l'importance de l'apport de la famille, il n'est pas toujours clair que le transfert du pouvoir de prise de décision à la famille soit approprié. On doit reconnaître qu'à cause des limites effectives d'aptitudes, ou très occasionnellement de la mauvaise foi, le rôle accru de la famille dans la prise de décision peut ne pas aller dans le sens de l'intérêt véritable du malade. Certains groupes professionnels ont soulevé ce point auprès de l'Enquête[539].

Les préoccupations des familles peuvent être mises à côté des remarques de On Our Own, un groupe d'entraide de Toronto formé d'anciens malades psychiatriques, devant le Comité permanent sur le progrès social, pendant les audiences à propos des modifications de 1987 à la *Loi sur la santé mentale* :

> [Traduction]
> Clarifions ce que les psychiatres entendent par «traitement». Ils ne veulent pas dire simplement avoir un brin de conversation plaisant à propos de vos difficultés. Ils veulent dire vous bourrer de médicaments qui altèrent l'esprit, si nécessaire contre votre volonté. Les médicaments les plus populaires dans le milieu psychiatrique sont les neuroleptiques. Le Physician's Desk Reference énumère des douzaines d'effets secondaires reliés à ces médicaments, parmi lesquels la mort soudaine. Il n'est bien sûr besoin de rappeler à personne ici cet effet secondaire après l'enquête effectuée en 1980 sur la mort soudaine d'Aldo Alviani au Queen Street Mental Health Centre, à l'âge de 19 ans. Il décéda à la suite de l'administration de force de ces mêmes médicaments. Sa mort par «accident thérapeutique», comme le coroner l'a dit d'une manière si bizarre, n'était pas unique. Beaucoup de personnes, alors qu'elles sont sous les soins tendres de la psychiatrie, meurent pendant des aventures dans lesquelles elles ne s'étaient pas embarquées volontairement.

[538] Voir *Loi sur la santé mentale* R.R.O. 1980, Reg. 609, Formulaire 1, tel que modifié.

[539] Voir le mémoire du Bureau de santé de Sarnia-Lambton.

• • •

> Beaucoup de ceux qui survivent au traitement par neuroleptiques souffrent de dommages irréversibles au cerveau, dont la diskinésie tardive, un autre effet secondaire connu des neuroleptiques. Cet état se caractérise par des convulsions incontrôlables du visage et des membres, accompagnées parfois de bave et d'autres manifestations désagréables à voir qui, en faisant paraître le malade fou, affaiblissent sérieusement son aptitude à trouver un logement, un emploi, ou à être accepté socialement[540].

Aux yeux de ces personnes, le traitement n'est pas une panacée, ni même une option désirable. C'est plutôt une menace au bien-être de la personne. S'inspirant de Thomas Szasz, ces personnes vont probablement soutenir que le «traitement» de la «maladie mentale» met en jeu l'application d'une dynamique de pouvoir de l'establishment socio-médical, une application de catégories médicales au comportement humain dans un contexte inapproprié. Inutile de dire que ces opinions prêtent à controverse.

On Our Own fit aussi quelques remarques plutôt percutantes à propos de la détermination de la capacité :

> [Traduction]
> Le projet de loi 190 [les modifications de 1987] définit la capacité comme exigeant que le malade comprenne la nature de sa maladie et la nature du traitement proposé, comme définies par la profession psychiatrique. Cela signifie que si vous savez que vous n'êtes pas malade et que le prétendu traitement auquel vous êtes soumis est dangereux, vous êtes automatiquement jugé incapable. Comme le dit Brian McKinnon dans son analyse fort juste, «la capacité est juste un joli mot pour la conformité».
>
> Un psychiatre qui n'aime pas votre figure, votre race, vos opinions politiques, votre orientation sexuelle ou n'importe quel aspect de votre style de vie peut vous faire déclarer incapable si vous êtes en désaccord avec quoi que ce soit qu'il dit[541].

De façon prédictive, les personnes défendant de telles opinions sont en faveur de solides garanties de procédure et sont relativement peu préoccupées par les délais possibles de traitement qui en résultent. Dans le traitement des personnes qui nient leur maladie, leurs opinions sont en conflit direct avec celles des familles qui ont été présentées ci-dessus.

Pour être juste, ces critiques expédient rapidement les modifications de 1986 à la *Loi sur la santé mentale*, qui donnaient à un individu un droit d'audience pour contester l'opinion du psychiatre quant à la capacité, et d'appel devant la Cour de

---

[540] Ontario, Standing Committee on Social Development, (28 mai 1987, après-midi) aux p. S-21 et s. Guillemets dans l'original.

[541] Ibid., à la p. S-23.

district de l'Ontario sur les questions tant de fait que de droit. Ce droit ne fut jamais vraiment contesté pendant les débats de 1987. Bien que les groupes cités plus haut considéreraient ce mécanisme de révision et d'appel comme problématique, dans la mesure où l'opinion du médecin procédant à la détermination initiale serait perçue comme ayant trop de poids, il est cependant trop simpliste de laisser entendre qu'un malade est sujet au caprice d'un seul médecin.

Les deux séries d'opinions exprimées jusqu'ici représentent de toute évidence des points de vue extrêmes. Le premier est une demande pour un modèle médical de loi sur la santé, plus centré sur le médecin, dans lequel il est implicite que des garanties légales solides ne sont pas nécessaires et sont en conflit avec l'intérêt véritable des malades. Le second appuierait une réglementation encore plus stricte de la médecine psychiatrique. Le comité consultatif de l'Enquête est conscient de ces deux extrêmes, et des complications qu'ils engendrent pour le développement d'une compréhension de la capacité mentale.

La communauté des fournisseurs de services dans les établissements de santé mentale a fait part de plusieurs préoccupations à l'Enquête. Leur principal problème est que la loi existante crée une situation dans laquelle des personnes peuvent être détenues dans un établissement psychiatrique, mais peuvent refuser le traitement. Cette situation les rend inconfortables, et ils ne voient pas quel est leur rôle. Ils ont le sentiment d'être relégués aux rôles de geôliers, et s'y sentent très mal. Certaines organisations professionnelles ont également expliqué à l'Enquête que les malades qui refusaient d'être traités pouvaient être violents, dégradant ainsi l'environnement thérapeutique des autres malades et engendrant ainsi un risque pour la sécurité des autres malades et du personnel[542]. La détermination de la capacité dans les questions en matière de traitement est perçue comme faisant partie intégrante de ces problèmes.

La corrélation entre la capacité et le refus de recevoir un traitement est quelque peu problématique. Dans le cas où une personne est jugée incapable, on exige encore qu'un représentant du malade consente au traitement proposé. En théorie, tout ce que la détermination fait, c'est de déterminer qui va consentir au traitement ou le refuser.

Les conséquences pratiques sont quelque peu différentes. Tout d'abord, la *Loi* stipule qu'aucun traitement ne peut être donné pendant une révision de la

[542] Voir, par exemple, le mémoire de l'Association des infirmières et infirmiers de l'Ontario.

capacité. La révision retarde donc le traitement pendant la période nécessaire pour convoquer un conseil de révision et en recevoir la décision, soit normalement une à deux semaines. Le traitement est également normalement exclu pendant que l'on porte en appel la décision du conseil de révision. La *Loi* autorise un juge à ordonner un traitement pendant l'appel, mais ceci requiert une motion dans l'appel, et certains juges ont refusé ces motions. Dans ce cas, le traitement pourrait être retardé de quelques mois.

De plus, dans le cas où un malade en cure obligatoire est finalement jugé incapable, la *Loi* autorise dans certaines circonstances une requête présentée au conseil de révision visant à traiter le malade malgré le refus de consentement du représentant du malade. Cette option apporte un peu de soulagement aux inquiétudes des médecins de n'avoir aucun rôle à jouer s'il y a internement sans traitement. Cette disposition de la *Loi* est cependant contestée en ce moment en vertu de la *Charte*.

La quantité de temps et d'autres ressources consommées par l'évaluation et les procédures de révision est un autre sujet de préoccupation pour les dispensateurs de soins des établissements psychiatriques. On se plaint de plus en plus que les médecins généralistes passent tellement de temps sur ces questions que leur aptitude à consacrer du temps à traiter les malades est compromise au détriment de tous les malades. La capacité n'est bien sûr qu'une partie d'un problème plus large ici. La plupart des audiences du conseil de révision suivies par les médecins concernent des contestations de l'internement[543].

Les praticiens qui exercent en dehors des établissements psychiatriques sont inquiets du fait qu'ils pourraient être soumis au système plus formel d'évaluation de la capacité qui est présent dans les établissements psychiatriques. Une telle inquiétude est présentée par exemple dans le mémoire du chef de médecine gériatrique d'un hôpital de l'est de l'Ontario :

> [Traduction]
> Il ne devrait y avoir aucune intrusion des fonctionnaires mal équipés du ministère provincial de la Santé dans cette question, en retirant la prise de décision des mains des hommes de médecine expérimentés qui connaissent le mieux le cas et ont l'intérêt du malade à coeur, en plus d'une connaissance profonde de la médecine légale et des facteurs médico-légaux. Une comparaison de la manière dont la

[543] Durant la période allant d'avril 1987 à mars 1988, il y eut 1174 requêtes présentées au conseil de révision reliées au placement en établissement et 133 requêtes reliées à l'une ou l'autre des formes d'incapacité dans les dix hôpitaux psychiatriques provinciaux. Durant cette période, il y eut 423 déterminations d'incapacité à consentir au traitement dans ces établissements, conduisant à 69 requêtes présentées au conseil de révision (16,3%).

> certification du dément était effectuée avant la promulgation de cette *Loi sur la santé mentale* mal conçue et de la manière dont elle est effectuée depuis montre qu'il y a un sérieux danger que n'importe quel changement dans la procédure visant à décider de la capacité des malades soit prématuré et malavisé.
>
> Compte tenu de la pénurie actuelle de médecins dans cette province, chaque effort visant à réduire le temps qu'ils doivent passer à faire du travail administratif, comme administrer des règlements plus complexes que ceux qui existent maintenant pour décider de la capacité mentale des malades, par opposition à diagnostiquer et à traiter les malades concernés, doit être déploré. Il n'y a pas de doute que le fardeau de l'administration s'est accru sans nécessité au cours des dernières années, tout comme le travail consistant à donner des soins médicaux de première ligne. Si vous reconnaissez que nous avons la connaissance et l'expérience requises pour accomplir nos devoirs envers la population qui souffre, votre enquête devrait s'efforcer d'assurer que nous pouvons accomplir ces devoirs avec la plus complète économie d'effort et avec promptitude[544].

Le paradoxe de cette position, c'est que les professionnels médicaux tendent à croire très fortement, particulièrement dans le contexte de la capacité à consentir au traitement, que c'est à eux de la déterminer; pourtant on se préoccupe de la quantité de temps qu'ils passent à déterminer cette capacité.

Ce mémoire est également intéressant parce qu'il décrit le système actuellement en place dans l'hôpital comme «[Traduction] flexible, rapide et simple et n'ayant donné lieu à aucun problème ou abus, légal, médical ou moral». Manifestement, cette assertion ne tient pas compte de la procédure actuelle sous le régime de la *Loi sur l'incapacité mentale*. Dans l'hypothèse où la personne âgée souffrant d'incapacité est traitée en établissement, ce qui semble être la situation envisagée ici, ce traitement constitue, au plan juridique, des voies de fait, pour lesquelles le médecin traitant pourrait engager sa responsabilité civile. Pour la plupart des avocats, ceci pose un problème juridique. Ou bien le personnel de l'établissement en question ignore le problème, ou bien il est prêt à enfreindre la règle juridique en droit strict pour assurer le traitement du patient, croyant sincèrement, et peut-être à bon droit dans certains cas, que leur geste est justifié. Le traitement du patient est assimilé à la santé de celui-ci. C'est peut-être la raison pour laquelle la plupart des professionnels de la santé semblent voir le droit dans l'optique où il ne faut pas compromettre inutilement la santé du patient.

En outre, les fournisseurs de services, et les médecins en particulier, ont l'impression que le système des soins médicaux, cohérent jadis selon eux, devient progressivement plus désordonné. Cette préoccupation est actuellement très répandue dans le système provincial de soins médicaux. Elle reflète peut-être un malaise plus profond. Le commentaire précité, qui montre à quel point certains

[544] Mémoire de C.M.C. Smelt, M.D., Chef du Département de médecine gériatrique, Hôtel-Dieu de Cornwall.

s'opposent à une intervention accrue de l'État, constitue incontestablement un indice de ce malaise. En outre, la frustration ressentie par plusieurs est peut-être, dans une certaine mesure, une conséquence imprévue des progrès techniques en médecine psychiatrique, qui permettent notamment des séjours plus courts en hôpital. Depuis qu'on leur administre de nouveaux médicaments, plusieurs malades peuvent maintenant obtenir leur congé de l'établissement. Cependant, le taux de récidive est élevé, et ce phénomène de «tourniquet» peut souvent engendrer de la frustration chez les psychiatres.

Cette frustration est en outre perçue comme une réaction aux règles juridiques qui régissent l'exercice de la médecine depuis l'arrêt *Barsy*, rendu il y a vingt-cinq ans. Le problème ne se limite pas au fait que le droit a été introduit dans les établissements psychiatriques. Certains membres de la profession médicale ont l'impression que les règles de droit les obligent à être sur la défensive. Or certains jugent que cette approche est fondamentalement injuste, comme le montre le commentaire suivant d'un psychiatre :

> [Traduction]
> Le mouvement en faveur des droits de la personne a commencé à la fin des années 1950 et s'est imposé au cours des années 1960. Cependant, force est de constater que ce mouvement s'est préoccupé de presque tous les autres groupes défavorisés avant de promouvoir les droits du malade psychiatrique. Cette constatation nous rappelle brutalement le peu d'importance accordé à nos malades par la société. Ce n'est que vers le milieu des années 1970 que leurs droits ont fait l'objet d'une promotion systématique. Jusque là, nous, le personnel professionnel des hôpitaux chargé de soigner ces malades, étions les seuls à veiller à la protection de leurs droits. Je crois que la plupart d'entre nous accordions beaucoup d'importance à ce rôle de protecteur. C'est peut-être pour cette raison que les personnes qui militaient en faveur des droits de la personne nous ont pris pour cible. En effet, le personnel professionnel constituait leurs concurrents les plus importants et, par conséquent, la menace la plus importante à leur hégémonie en ce domaine.
>
> Au fur et à mesure que l'importance accordée aux droits de la personne a pris de l'ampleur, le sort réservé au malade psychiatrique semblait de plus en plus anachronique par rapport à celui des autres personnes. Il était évidemment dans l'intérêt des groupes de pression favorables aux réformes de brosser un tableau aussi sombre que possible de la situation et de discréditer le personnel professionnel qui passait pour partie du problème. Tous les honteux secrets de la psychiatrie ont donc été révélés au grand jour et les détracteurs s'en sont donné à coeur joie : Thomas Szasz, R.D. Laing, Ivan Illich, pour ne nommer que ceux-là.
>
> Notre réaction n'a pas été très efficace. Nous n'avions pas relevé le défi ou bien nous nous sommes laissé acculer dans des positions qui semblaient nous opposer aux droits de nos malades. Certains naifs parmi nous, et je fais partie de ce nombre, ont cru qu'ils pouvaient convaincre nos adversaires par la raison et par le dialogue. Nous avions mal jugé. Ils voulaient notre peau. Dans le climat actuel où la science et l'autorité étaient mises en cause, nous nous retrouvions soudain sans alliés, à l'exception peut-être des malades eux-mêmes. Et encore, ils n'étaient pas tous de notre côté[545].

[545] John C. Deadman, *Perspectives on Mental Health Legislation*, Presentation to Psychiatric Rounds, Scarborough Grace Hospital, 3 avril 1987.

Que l'on soit d'accord ou non avec cette version des faits, il n'en demeure pas moins que la frustration ressentie est réelle. Celle-ci ne découle pas simplement du fait que cette branche de la médecine fait maintenant l'objet de règles juridiques. C'est aussi que les membres du personnel professionnel, dont la bonne foi est généralement irréprochable, croient qu'on leur a attribué le rôle de gros méchants dans ce dossier.

L'approche médicale «typique» devient d'autant plus difficile à définir que la profession médicale prend davantage conscience de l'importance, au plan éthique, voire thérapeutique, de l'intégrité individuelle. La communauté médicale tente elle-même de réaffirmer sa croyance que la médecine est plus que la science de l'administration de médicaments. La citation suivante, d'un éminent psychiatre, tente d'aborder la question dans le contexte des droits juridiques des malades psychiatriques :

> [Traduction]
> Puisque la société accorde tant d'importance à la liberté et à l'autonomie, il est probable que la plupart de nos malades leur en accordent autant. Lorsque nous ne tenons pas compte de la valeur qu'ils accordent à la liberté, par notre comportement paternaliste, nous les déshumanisons et nous risquons de porter atteinte à leur amour propre. Nous n'enlevons plus au malade ses biens car nous reconnaissons que ceci peut avoir des séquelles profondes et de longue durée sur son amour propre. Il en est de même pour les droits civils et juridiques. La société a le droit de se protéger elle-même. L'individu a le droit d'être entendu devant une instance pour maintenir un certain degré d'amour propre et de lutter ainsi contre la dépendance, la passivité et l'ignorance qu'engendre inévitablement le paternalisme. Des essais cliniques devront être réalisés pour définir la notion d'autonomie et ce que constitue un manque d'autonomie. En outre, il faudra comparer les malades qui reçoivent des traitements selon une approche paternaliste aux malades qui ont l'occasion d'exercer leurs droits civils pour pouvoir comparer l'amour propre des malades de chaque groupe. De telles études permettront peut-être de modifier certains systèmes de croyances éthiques et d'aider la société à trouver le juste équilibre entre des valeurs divergentes[546].

Les intervenants du milieu juridique qui ont pris la part la plus active dans le débat sur le droit de la santé mentale en général et sur la capacité en particulier ont, dans la plupart des cas, abordé la question dans le but de protéger les libertés civiles du malade avant tout. L'adoption de la *Charte* a contribué à diriger davantage le débat juridique en ce sens.

L'avocat est chargé d'agir selon les directives de son client. Par conséquent, il cherche à trouver un forum juridique qui lui permettra de faire valoir les droits

[546] Brian F. Hoffman, «Contemporary Ethical Issues Surrounding Electroconvulsive Therapy», 11 *Psychiatric Journal of the University of Ottawa* (1986) 90.

de son client. L'avocat qui représente un malade perçoit donc comme une nécessité une audition complète devant un conseil de révision et des garanties de procédure équitable. Sans forum devant lequel il pourra agir dans l'intérêt du malade, l'avocat sera sans doute en proie à la même confusion que celle du médecin qui ne peut traiter un malade confiné. Il ne saura pas le rôle qu'il doit jouer, ni comment il doit faire valoir les droits de son client. Cela ne signifie nullement que la profession juridique considère que les droits des malades soient sacrés au point où ils ne pourront jamais être violés. En revanche l'avocat aura souvent tendance à croire que la norme d'intervention doit être relativement élevée. Il veillera donc à ce que son client ne soit pas privé de ses droits sans qu'il n'ait eu l'occasion d'être entendu par une instance judiciaire ou, à tout le moins, par un conseil de révision.

Certains accusent les médecins de vouloir appliquer des critères médicaux dans le domaine de la maladie mentale. L'on pourrait également reprocher aux avocats de vouloir appliquer des critères juridiques dans ce domaine. À bien des égards, l'exercice du droit exige que l'on fasse de l'ergotage juridique, qui fait appel à une masse impressionnante de catégories et de distinctions juridiques. Certains membres de la profession médicale sont ahuris de voir l'énorme panoplie de notions et de mécanismes juridiques appliqués en droit de la santé mentale depuis quelques années : le droit à l'avocat, les différentes formes de capacité (chacune étant différente de l'autre, au plan juridique), le droit au consentement éclairé, le droit au traitement, le droit de refuser le traitement, le droit de consulter le dossier médical, le droit de contester, par voie d'*habeas corpus*, un transfert à l'intérieur d'un établissement psychiatrique ou d'un établissement à un autre, la révision judiciaire, l'appel, l'audition devant le conseil de révision, le conseiller en droits, le défenseur des droits des malades, l'avocat de service, et ainsi de suite. L'avocat voit tout cela comme les outils de son métier. Cependant, pour le médecin, ces notions paraîtront vraisemblablement étrangères, illogiques, inefficaces et pas du tout représentatives de la réalité de l'hôpital.

Le médecin pourra avoir l'impression que l'on applique mal ces notions et ces mécanismes juridiques ou que l'on en abuse. L'avocat, au contraire, soucieux de protéger les libertés civiles, les perçoit comme des droits fondamentaux, la pierre angulaire d'une société démocratique. Le médecin pourra juger que le traitement sans le consentement du malade est un moyen justifiable d'atteindre le but recherché : la santé du malade. Le défenseur des libertés civiles, par contre, sera sans doute d'avis que cela constitue une déshumanisation de la société et une violation de l'intégrité personnelle contraire aux fondements mêmes d'une société démocratique.

Le défenseur des libertés civiles considérera probablement que la capacité est une notion fondamentale. Selon la common law, il faut que les trois conditions suivantes soient remplies pour qu'il y ait consentement valable au traitement médical : le consentement doit être volontaire, il doit être éclairé et il doit avoir été donné par une personne jouissant de toutes ses facultés mentales[147]. Partant de cette règle, il est facile de prétendre qu'il est justifié de passer outre aux droits de l'individu dans les cas où la personne n'a pas la capacité voulue pour prendre sa propre décision. Cette thèse rejoint la position de la common law qui permet au tribunal d'invoquer son pouvoir de *parens patriae*, comme nous l'avons vu ci-dessus dans l'arrêt *Eve*. Par conséquent, la capacité devient un critère déterminant en ce qui concerne les droits de l'individu. Des garanties complètes au plan de la procédure équitable deviennent donc un mécanisme de protection essentiel pour l'individu. Selon les défenseurs des libertés civiles, l'évaluation de la capacité est loin d'être une entrave au traitement de la personne qui en a besoin. Ce serait plutôt un critère essentiel qui permet de déterminer son droit de participer à la société.

L'on reproche à la profession juridique de ne pas tenir compte d'un certain nombre de questions importantes. Premièrement, on peut soutenir que le client qui consulte un avocat est, par hypothèse, mécontent du fonctionnement du système. Par conséquent, il se peut que la perception qu'en a l'avocat vienne à être déformée. Deuxièmement, lorsque l'on songe que plus de la moitié de la codification administrative de la *Loi sur la santé mentale* est constituée de formules, les griefs des médecins au sujet du fardeau administratif qui leur est imposé deviennent plus crédibles. La *Loi* elle-même est devenue tellement complexe que même les avocats et les conseils de révision ne s'y retrouvent plus. Il n'est donc pas étonnant que le personnel professionnel des établissements psychiatriques ait de la difficulté. La première ligne de défense du malade tient au fait qu'un médecin ne violera sans doute pas volontairement ou impunément la *Loi*. Si le personnel professionnel n'est même pas en mesure de la comprendre, cette ligne de défense tombe, et c'est le malade qui en souffre.

Un certain nombre de thèmes soulevés dans les exposés et par le comité consultatif à l'Enquête ne se définissaient pas en fonction de ces classifications. On nous a notamment signalé le rôle important que pouvait jouer la culture dans les décisions relatives aux soins médicaux et dans les attitudes en général, et dans l'évaluation de la capacité en particulier. Des malentendus pourraient survenir

[147] Voir, par exemple, l'arrêt *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192.

lorsque le malade et le médecin ne parlent pas la même langue[548]. Un exemple couramment cité portait sur les restrictions sévères au traitement médical imposées par certaines sectes chrétiennes. Cependant, le problème est plus étendu. Par exemple, il nous a été signalé que les autochtones du Canada n'ont pas la même notion de la santé et de la maladie que d'autres groupes sociaux. On nous a en outre cité des cas où le personnel médical avait mal compris des rituels de guérison pratiqués par les autochtones du Canada et avait par conséquent prescrit des remèdes mal à propos, comme d'isoler le malade. De même, certains soutiennent que les personnes économiquement défavorisées, y compris la plupart des malades des hôpitaux psychiatriques provinciaux, semblent prendre des décisions financières différentes de celles qu'auraient prises une personne mieux nantie[549]. On nous a en outre signalé que les personnes qui souffrent de diverses affections physiques ou neurologiques sont parfois jugées incapables parce qu'elles ont de la difficulté à communiquer sur le plan physique, et non parce qu'elles souffrent de problèmes de compréhension[550]. Il est important de bien faire ces distinctions, sinon on risque de commettre des erreurs et de juger incapable une personne jouissant de toutes ses facultés mentales. Il est entendu que l'Enquête devra, au cours de ses délibérations, tenir compte des différences culturelles. Cependant, il reste à déterminer comment atteindre ce résultat.

Les personnes qui ont soumis des mémoires et les membres du comité consultatif ont en outre été influencés par leur propre expérience dans leurs milieux respectifs. Par exemple, les personnes qui exercent leur profession surtout dans le domaine de la santé mentale étaient particulièrement intéressées par les incidences de la capacité dans le cadre psychiatrique. Les fournisseurs de soins médicaux en général s'intéressaient davantage à la capacité dans le contexte du traitement. Il est souhaitable qu'il en soit ainsi : les membres du comité consultatif ont été choisis à cause de leurs compétences particulières dans divers domaines. Un large éventail d'intérêts et de préoccupations a donc été représenté au comité.

---

548 Voir les préoccupations exprimées dans les mémoires présentés par les Services de santé en français/French Language Health Services et par le Bureau de santé de la ville de Toronto.

549 Voir Peter Bartlett, «Reform of the Office of the Public Trustee», 24 *University of Western Ontario Law Review* (1986), 79, aux pp. 86 et ss.

550 Voir les mémoires du Conseil consultatif des invalides et de l'Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario. Dans son exposé très utile sur les aspects neurologiques de la capacité, l'Ordre signale en outre que certaines personnes souffrant de troubles neurologiques peuvent paraître capables sans l'être en réalité.

III. ÉVOLUTION HISTORIQUE EN ANGLETERRE

Le droit canadien en matière de capacité mentale s'est beaucoup inspiré du droit anglais. Ce n'est qu'au milieu du vingtième siècle que les tribunaux ontariens ont clairement établi une distinction entre le droit anglais et le droit ontarien. Cette situation a été quelque peu modifiée au cours des dernières années, depuis l'adoption de modifications législatives en Angleterre qui ont eu pour effet de changer la notion de tutelle et de limiter les droits de consentir au traitement. Le droit ontarien n'a pas subi ces modifications. Notre droit puise encore profondément dans ses sources anglaises, surtout dans le droit historique anglais du dix-neuvième siècle. Il faut donc bien comprendre l'évolution du droit anglais dans son contexte social pour être en mesure de bien comprendre le droit ontarien actuel.

Les origines : l'expérience anglaise avant 1800

Il est pratique de commencer notre analyse de l'évaluation de la capacité en Angleterre par l'étude de la loi intitulée *De Prerogativa Regis*, (1324) 17 Edw. II, stat. I. Le Chapitre IX de cette loi se lit ainsi:

> [Traduction]
> Le roi aura la garde des terres des imbéciles. Il aura droit d'en percevoir les fruits sans déprédation ni destruction. Il devra fournir à ces imbéciles les objets de première nécessité, quel que soit le seigneur qui leur a concédé leurs terres. (2) À leur décès, il rendra ces terres à leurs héritiers légitimes, de sorte que ces imbéciles ne pourront les aliéner et leurs héritiers ne seront pas déshérités.

Au Chapitre X, on poursuit comme suit :

> [Traduction]
> Le roi devra en outre faire en sorte que les terres et tènements des personnes qui ont perdu la raison mais qui jouissent néanmoins de nombreux intervalles de lucidité soient gardées en toute sécurité, sans déprédation ni destruction, et que ces personnes puissent, ainsi que ceux de leur maison, vivre et être entretenus convenablement à partir des fruits de ces terres. Le reliquat qui dépasse leurs besoins alimentaires doit être gardé pour leur usage, pour leur être remis lorsqu'elles retrouveront leur lucidité; (2) le roi doit faire en sorte que ces terres et tènements ne puissent pas être aliénés; (3) le roi ne doit rien garder pour son usage personnel; (4) si la personne décède alors qu'elle est dans cet état, le reliquat doit être distribué pour le repos de son âme selon les directives du clergé.

Savoir dans quelle mesure cette loi de 1324 innovait et dans quelle mesure elle ne faisait que codifier le droit féodal existant n'est pas clair. Il est certain qu'en droit féodal les terres d'une personne incapable retournaient au seigneur, et que

le roi était le plus puissant des seigneurs[551]. Coke affirme que ces deux articles de la loi de 1324 sont tout à fait conformes à la common law de l'époque[552]. D'autres arrêts ont fait la distinction entre les dispositions de la loi de 1324 et le droit féodal. Selon ces arrêts, les dispositions de cette loi étaient toujours en vigueur tandis que les anciennes règles de common law avaient été abrogées en même temps que le système des tenures foncières[553]. De toute manière, les dispositions de la loi de 1324 étaient toujours en vigueur au début de l'ère moderne en Angleterre.

La loi de 1324 a été promulguée pour soulager le fardeau financier de l'État. Plusieurs articles de la loi ont pour effet de consolider certaines assiettes fiscales, comme celle des *manor lords* qui accordaient le rang de chevalier et celle des Normands. La loi prescrivait que les terres appartenant à ceux qui commettaient un *felony* (crime grave) retournaient à la Couronne. Les dispositions qui portaient sur les imbéciles[554] se situent dans le cadre de ces préoccupations. C'est d'ailleurs dans ce contexte que Blackstone traite de ces dispositions de la loi de 1324. Tant que vivait le prétendu imbécile, le roi touchait ses revenus fonciers. Même si le roi était tenu de pourvoir aux besoins de l'imbécile, et même si le droit de propriété foncière de l'imbécile retournait à ses héritiers à son décès, il s'agissait incontestablement d'une entreprise rentable pour l'État.

Les biens des déments n'étaient pas soumis au même régime en vertu du Chapitre Dix de la loi. En vertu de ce chapitre, le roi agissait en quelque sorte à titre de fiduciaire. Il détenait les biens pour le compte du dément et des membres

---

551 Voir Blackstone, W. *Commentaries on the Law of England*, 4ième éd., Vol I, (Dublin : 1771) p. 303. À titre d'exemple, voir la série d'arrêts concernant les terres de *Richard de Ardern*, un faible d'esprit, rapportée au Public Record Office de Londres, Chancery Patent Rolls, Edward I, Vol. I (1272-1281) 282, 328 et 361. Les deux premiers arrêts, datés respectivement de 1278 et de 1279, portaient sur la concession des terres de Richard à des tiers par le roi, du vivant de Richard. Cette concession n'aurait pas été autorisée en vertu de la loi de 1324. Nous tenons à remercier M. Kyle Rae, candidat au grade de docteur à l'université de Birmingham, qui a eu l'amabilité de porter ces arrêts à notre attention.

552 Voir l'arrêt *Beverly's Case of Non Compos Mentis*, 4 Co. Rep. 123a, aux pp. 125b et 127a. Blackstone souscrit à cette thèse. Voir *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, 4ième éd. (Dublin : 1771), p. 303.

553 Voir, par exemple, l'arrêt *Shaftsbury (Earl of) v. Shaftsbury* (1725), Gilb. Rep. 172.

554 Malgré une certaine hésitation, nous avons finalement choisi d'employer la terminologie employée à l'époque. Nous reconnaissons que ces termes font preuve d'un jugement de valeur et qu'ils sont offensants selon nos critères modernes. Néanmoins, nous croyons qu'il est préférable d'employer, dans le cadre d'une étude historique, les termes susceptibles de mieux refléter les attitudes de l'époque. Ils rappellent à ceux qui sont appelés à évaluer le droit la manière dont les sujets des lois et de la jurisprudence étaient perçus par le législateur et les juges.

de sa maison. Pour cette raison, la distinction entre «l'imbécillité» et la «démence» était importante.

Les pouvoirs royaux en matière d'imbécillité et de démence furent délégués au *Lord Chancellor*, et par la suite, par commission spéciale en vertu du *Sign Manual*. Au plan historique, le pouvoir a été délégué aux juges de la *Court of Chancery*. Depuis bien longtemps avant l'époque de Blackstone, les enquêtes pour déterminer si une personne était un dément ou un imbécile se faisaient au moyen des brefs *de lunatico inquirendo* ou *de idiota inquirendo*, selon le cas. Ces brefs exigeaient la tenue d'un procès en bonne et due forme devant jury. Par conséquent, les motifs écrits des jugements qui en venaient à conclure que l'intimé souffrait de démence ou d'imbécillité ne sont pas très étoffés. Nous devons donc chercher du côté de la doctrine et des remarques incidentes dans la jurisprudence pour comprendre la signification de ces termes.

Conformément à la loi de 1324, la différence fondamentale entre les imbéciles et les déments avait trait au degré de permanence de leur affection. Il était couramment admis que l'imbécillité était acquise dès la naissance et qu'elle continuerait jusqu'au décès. Il s'agissait en outre d'un état extrême. Selon Blackstone, «[Traduction] L'homme qui possède une lueur de raison qui lui permet de connaître qui sont ses parents, son âge et d'autres matières courantes, n'est point un idiot»[555]. Les personnes sourdes, aveugles ou muettes à la naissance étaient groupées dans la même catégorie que les imbéciles[556]. Par contre, le droit a toujours admis qu'il y avait une possibilité, si petite soit-elle, que le dément puisse retrouver un «intervalle de lucidité» et qu'il puisse même se rétablir pour de bon[557].

Au dix-septième siècle, Coke a établi la taxonomie suivante :

> [Traduction]
> Il existe manifestement quatre catégories de *non compos mentis* : 1. L'idiot ou l'imbécile. 2. Celui qui jouissait d'une bonne mémoire lucide, mais qui, par la volonté de Dieu, l'a perdue. 3. *Lunaticus, qui gaudet lucidis intervallis*, qui jouit parfois d'une bonne mémoire lucide et qui est parfois *non compos mentis*. 4. Celui qui le devient par son propre geste, par ivrognerie. Il a été dit qu'il existe une grande différence entre l'idiot *a nativitate* et celui qui jouissait d'une bonne mémoire, mais qui, par la volonté de Dieu, a perdu sa lucidité. Car l'idiot souffre d'une infirmité naturelle à perpétuité, *a nativitate*, parce

555 Blackstone, W. *Commentaries*, p. 304.

556 Ibid.

557 Voir, par exemple, l'arrêt *Mr. Justice Dromer's Case* (1724), 2 Will Rep. 262.

> que son esprit ne lui a jamais permis de contracter avec quiconque. Celui qui jouissait d'une bonne mémoire et d'une bonne compréhension, et qui pouvait contracter, et qui a perdu sa lucidité par la suite, à cause d'une infirmité ou d'un accident, n'est pas couramment reconnu comme un idiot[558].

Au dix-huitième siècle, l'ivrognerie ne semble pas être reconnue comme une forme de démence[559].

Ces catégories sont plus que des curiosités historiques. Comme nous l'avons vu, les imbéciles étaient traités différemment des déments. En outre, avant le dix-neuvième siècle, tant qu'une personne n'avait pas été jugée démente, il était couramment admis que la loi ne s'appliquait pas. Comme l'a signalé un arrêt rendu en 1745 :

> [Traduction]
> Dieu merci, le simple fait qu'une personne souffre d'une faiblesse de l'esprit n'est pas suffisant pour donner droit à une requête pour la mise sous garde de sa personne et de ses biens. Car si c'était le cas, les gens violents, les *ivrognes*, les *négligents* et les *sots* devraient tous être enfermés. La partie importante de la dénégation, c'est-à-dire l'objet du présent appel à la Court of Chancery, ne porte pas sur l'incapacité de juger mais sur les notions plus *importantes* de *faiblesse d'esprit* ou de *mémoire démente*, qui signifient la *corruption de la raison* ou l'*absence de celle-ci*. ...Si, parce qu'il est faible, un homme se laisse imposer la passation d'un acte par l'artifice d'un autre, ou s'il a mal dépensé son argent ou s'est montré prodigue, il n'est pas visé par la loi dans des causes de la présente espèce[560].

Les premiers jurys modernes allaient devoir apprécier la démence à l'intérieur de ce cadre.

La question de la capacité se posait, à cette époque comme de nos jours, dans plusieurs situations autres que les procédures de nomination de curateur. La capacité d'une personne pouvait être mise en cause au moment du mariage, de la signature d'un contrat et, le plus fréquemment, au moment de la signature d'un testament.

Il avait été établi, dès le Moyen-Age, qu'une personne ne pouvait plaider sa

---

[558] L'arrêt *Beverley's Case of Non Compos Mentis* (1603), 4 Co. Rep. 123a, p. 124b.

[559] Blackstone n'en fait pas mention dans ce contexte. En effet, l'arrêt *Ex Parte Barnsley* (1745), 3 Atk. 184, semble exclure expressément cette condition de la définition de la démence. Deux arrêts rendus au début du dix-neuvième siècle ont pareillement fait la distinction entre l'ivrognerie d'habitude et la démence. Voir les arrêts *Ayrey v. Hill* (1824), 2 Add. 206 et *Wheeler & Batsford v. Alderson* (1831), 3 Hagg. Ecc. 574.

[560] *Ex Parte Barnsley* (1745), 3 Atk. 184 (emphase dans le texte original). Voir aussi *Ex Parte Barnsley* (1745), 3 Atk. 168, une appréciation antérieure de la même question à partir des mêmes faits. La situation est demeurée inchangée jusqu'à l'arrêt *Ridgeway v. Darwin* (1802) 8 Ves. 65; voir d'autres commentaires *infra*.

propre incapacité pour se soustraire à ses obligations en vertu d'un contrat[561]. Cependant, cette règle ne visait pas les héritiers de la personne dont l'incapacité était alléguée. Dès le début de la période moderne, la preuve d'incapacité était admissible au soutien de l'exception de *non est factum*[562]. La règle qui empêchait de plaider sa propre incapacité au moment où l'acte avait été signé ne s'appliquait pas non plus dans les actions en annulation de mariage. Ces actions étaient entendues par les tribunaux ecclésiastiques plutôt que par les tribunaux royaux[563].

D'après les renseignements limités que nous possédons, il serait téméraire de vouloir tirer des conclusions rigides. Néanmoins, nous émettrons quelques commentaires sur les attitudes manifestées pas les hommes de loi à l'égard de la capacité avant le dix-neuvième siècle.

Premièrement, les tribunaux chargés d'appliquer la loi de 1324 exécutaient en fait les pouvoirs royaux. Même si ce pouvoir était parfois justifié du fait que l'imbécile ou le dément n'était pas en mesure de se protéger lui-même, il n'était généralement pas accompagné d'une expression de sympathie envers la personne visée. Nous ne voulons pas dire que les tribunaux n'étaient pas compatissants ou qu'ils ne se souciaient pas des droits du dément. En effet, les arrêts les plus importants en matière de nomination de curateurs du dix-huitième siècle avaient plutôt tendance à exclure les héritiers de la curatelle, justement parce que leurs droits pouvaient être contraires à ceux du dément. Pour parler franc, l'on voyait que l'héritier avait un intérêt économique à ce que le dément décède prématurément. Il eut donc été inopportun de le nommer curateur[564]. Disons plutôt que les tribunaux avaient tendance à aborder ces causes de façon tout à fait détachée, en se limitant à recueillir froidement les faits.

Deuxièmement, l'on ne semblait pas reconnaître, à cette époque, qu'il puisse exister divers degrés de capacité. Bien sûr, on faisait la distinction entre l'imbécile,

---

561 *Anonymous* (1331), YB 5 Edw 3, fo. 70; *Anonymous* (1361), 35 Lib. Ass. pl. 10; *Stroud v. Marshall* (1595), Cro. Eliz. 398.

562 *Yates v. Bowen* (1738), Strange 1104, Bull. N.P. 172. *Non est factum* est une exception invoquée en défense à une action fondée sur un contrat par laquelle le défendeur allègue qu'il n'a absolument pas compris la nature du document signé. Une preuve d'ivresse semble avoir été admissible pour plaider l'exception *non est factum* tout au long du début de la période moderne, même si elle avait cessé de constituer une preuve de démence. Voir l'arrêt *Pitt v. Smith*, 3 Camp. 34.

563 *Turner v. Meyers*, 1 Hagg. 414.

564 Voir 2 Eq. Ca. Abr. 581 et ss.

qui était frappé d'incapacité pour la vie, et le dément, qui pouvait jouir d'intervalles de capacité. Par ailleurs, lorsque le tribunal devait déterminer la capacité à passer un acte particulier, comme signer un contrat ou un testament, d'autres actes conclus par la personne n'étaient sans doute pas directement touchés par le jugement du tribunal. Cependant, à part la distinction entre la tutelle personnelle et la curatelle aux biens, une fois qu'une personne était jugée incapable après enquête, elle était apparemment frappée d'incapacité globale[565].

Troisièmement, il est utile de faire quelques commentaires sur la norme appliquée par les jurys de l'époque. Les questions soumises dans le cadre de la présente Enquête posaient autant de difficultés il y a deux siècles, comme le montre le commentaire suivant du lord chancelier Thurlow, émis en 1792 :

> [Traduction]
> Il existe une difficulté énorme, voire insurmontable, à vouloir établir des principes abstraits dans une matière qui dépend d'une si grande variété de circonstances, comme c'est le cas en l'espèce. Il est facile d'établir une règle générale. Il est plus difficile de l'appliquer lorsqu'elle n'a pas été formulée de manière à prévoir chaque circonstance particulière qui peut se présenter dans un cas donné et avoir une incidence importante. Il est facile d'affirmer que l'esprit lucide qui agit à un moment donné est censé avoir agi efficacement. Cependant, cette règle ne nous aide pas à déterminer la question actuellement en cause. Car même si l'on affirme que l'esprit lucide est censé, lorsqu'il agit, agir efficacement, il demeure extrêmement difficile d'établir, avec une précision acceptable, les règles qui nous permettront d'évaluer la qualité de cet esprit[566].

L'arrêt *Coglan v. Coglan* nous donne un aperçu de la preuve présentée au cours d'instances qui portaient sur la démence. Dans cette affaire, il s'agissait de déterminer si l'intimé avait eu un intervalle de lucidité, en d'autres mots, s'il avait retrouvé ses facultés mentales, du moins temporairement. Les témoins étaient «[Traduction] des gens qui avaient l'habitude d'observer le malade». Il fallait déterminer si, en l'espèce, l'esprit de l'intimé «[Traduction] s'était débarrassé de la maladie et avait retrouvé son habitude générale»[567].

La norme de validité d'un testament a été exprimée ainsi dans l'arrêt *The Marquess of Winchester's Case* :

---

[565] C'est encore le cas en Ontario, sous le régime de la *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264. En vertu de cette loi, il existe une distinction entre la tutelle à la personne et la tutelle aux biens. Cependant, la tutelle partielle n'est pas prévue. Voir l'arrêt *Clarke v. Clarke* (1982), 40 O.R. (2d) 383 (Dist. Ct.). Voir aussi la loi de l'Alberta intitulée *Dependant Adults Act*, C.S.A. c. D-32.

[566] *Attorney General v. Parnther et al.* (1792), 3 Bro. C.C. 441, p. 443.

[567] Passage cité dans l'arrêt *Attorney General v. Parnther*, *supra*, p. 444.

[Traduction]
...selon divers témoins et d'après de nombreuses circonstances notoires, ledit marquis, malade *et multa provectus senectutet*, ne jouissait pas d'une mémoire lucide et parfaite comme l'exige la loi au moment de faire le testament allégué (car en droit, il ne suffit pas que le testateur possède la mémoire qui lui permet de répondre, lorsqu'il fait son testament, à des questions familières et usuelles. Il doit en outre avoir une mémoire qui lui permet de tester, c'est-à-dire une mémoire qui lui permet de disposer de ses terres lucidement et raisonnablement. C'est ce que le droit entend par mémoire lucide et parfaite)[568].

Il est à noter que le testament en cause avait été fait par une personne de rang. Il est donc possible que le tribunal était soucieux de vouloir préserver un ordre social établi.

Même si la société de l'époque semblait de plus en plus disposée à voir un rapport entre la démence et la maladie, le modèle médical est tout à fait absent de ces évaluations judiciaires. Les médecins n'étaient pas nécessairement appelés à témoigner, et lorsqu'ils l'étaient leur témoignage ne portait pas nécessairement sur le diagnostic. Ils témoignaient plutôt sur le comportement de la personne visée[569]. Il faudra attendre plusieurs années avant que l'influence du médecin et du modèle médical ne devienne un phénomène.

Le dix-neuvième siècle

C'est au dix-neuvième siècle que furent rendus la plupart des arrêts qui constituent le fondement du droit moderne en matière de détermination de la capacité. Même si la jurisprudence plus ancienne conserve une certaine pertinence pratique de nos jours[570], ce sont les arrêts du dix-neuvième siècle qui ont permis d'élaborer le critère de capacité mentale employé dans les circonscriptions de common law, y compris l'Ontario.

Au dix-neuvième siècle, l'on assiste à de rapides progrès dans les théories de la maladie mentale accompagnés d'une nouvelle prise de conscience sociale et de lois à caractère social sans précédent. Le droit a commencé à s'intéresser à la démence. Le législateur a mis sur pied des garanties, tant au niveau du droit

---

[568] *The Marquess of Winchester's Case* (1598), 6 Co. Rep. 23a.

[569] Voir, par exemple, l'arrêt *Cartwright v. Cartwright* (1793), 1 Phil. Ecc. 90; confirmé par 1 Phil. Ecc. 122.

[570] Le critère de l'«esprit lucide et capable de tester», par exemple, est repris dans certains arrêts récents de l'Ontario qui portent sur le degré de mémoire possédée par la personne dont on allègue l'incapacité. Voir, par exemple, l'arrêt *Re Schwartz* (1970), 10 D.L.R. (3d) 15 (C.A.O.) et l'arrêt *Re Davis*, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.).

substantif que de la procédure, destinées à protéger les personnes atteintes de démence ou taxées de l'être. À partir de 1890, l'internement dans les asiles et les maisons de fous devait être approuvé par un tribunal, et ces établissements étaient soumis à des règles législatives strictes.

D'une certaine manière, la préoccupation sociale à laquelle on assiste à cette époque est analogue à celle qui marque la fin du vingtième siècle. En effet, l'on considérait alors, comme maintenant, que la démence était une matière qui méritait de faire l'objet d'une réglementation juridique. D'autre part, l'on a élaboré des garanties de droit substantif et de procédure pour voir à ce que des normes convenables d'internement soient maintenues. Contrairement à ce qui se passe à la fin du vingtième siècle, les progrès dans le domaine juridique n'allaient pas jusqu'à accorder aux internés des droits prévus par la loi et qui auraient pu être exercés directement par la personne si elle le voulait. Il s'agissait plutôt d'accorder à l'appareil administratif de l'État des pouvoirs d'inspection et de réglementation, pour s'assurer que les normes substantives étaient respectées. Par conséquent, même si les normes elles-mêmes étaient souvent très semblables à celles qui sont actuellement en vigueur en Ontario, les mécanismes employés pour les appliquer étaient différents. À cause des similitudes existant, à certains égards, entre le droit anglais du dix-neuvième siècle et celui de l'Ontario actuel, et aussi à cause de l'importance historique de la période en tant que source du droit ontarien actuel en matière de capacité, une analyse détaillée de la période s'impose.

La notion de folie évolluait[571]. Au dix-huitième siècle, le Siècle des lumières, on fit le parallèle entre la folie et la raison. La folie, c'était l'absence de raison. La folie pouvait être causée par toutes sortes de facteurs. Les médecins, les chirurgiens et les apothicaires pratiquaient des saignées, posaient des ventouses, administraient des purgatifs, immergeaient les malades dans l'eau, leur administraient des toniques et des potions. Certains disciples de Descartes croyaient que la folie résultait d'un désordre des esprits animaux qui animaient le corps. D'autres prétendaient qu'elle était causée par un excès de bile noire dans le sang. Quelques-uns croyaient encore que la folie était le résultat d'une possession, par des démons ou par le Saint-

[571] Pour l'exposé qui suit sur l'histoire de la folie avant 1900, nous nous sommes inspirés de plusieurs sources. Les ouvrages suivants nous ont été particulièrement utiles : A. Digby, *Madness, Morality and Medicine: A Study of the York Retreat, 1796-1914* (Cambridge University Press, 1985); W.F. Bynum, R. Porter et M. Shepherd, *The Anatomy of Madness: Essays in the History of Psychiatry* (3 vols.) (London: Travistock, 1985); M. Foucault, *Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason*, traduit par R. Howard, (New York: Random House, 1965)); W. Parry-Jones, *The Trade in Lunacy: A Study of Private Madhouses in England in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, (London: Routledge and Kegan Paul, 1972); R. Porter, *A Social History of Madness: Stories of the Insane*, (London: Weidenfeld and Nicolson, 1987).

Esprit. La tendance à attribuer une connotation morale à la folie, quoique moins répandue, avait toujours cours. Les théories à ce sujet étaient très nombreuses[572].

Il était couramment admis au dix-huitième siècle que les fous étaient ni plus ni moins que des bêtes. À cet égard, les habitants du dix-huitième siècle ont hérité de la tradition littéraire anglaise la notion de «grande chaîne de l'Être» (great chain of being), force qui inspire encore la terreur chez les étudiants de Shakespeare. Cependant, l'idée que le fou était une bête est plus qu'une image poétique. Elle reflète la véritable perception que les gens avaient du dément. À la fin du dix-huitième siècle, les déments étaient confinés comme des animaux : ils étaient enchaînés et ils devaient coucher dans des litières de paille, dans des cellules munies de fenêtres sans vitre[573].

Il serait exagéré de prétendre que tout cela a changé au dix-neuvième siècle. Apparemment, quelques chrétiens intégristes croyaient toujours que la folie était causée par la possession par le diable ou le Saint-Esprit. Plusieurs traitements pratiqués au dix-huitième siècle continuèrent à être administrés au dix-neuvième. Néanmoins, les attitudes changèrent considérablement vers la fin du dix-huitième siècle.

D'abord, la théorie cartésienne de la folie fut progressivement délaissée au profit de celle de Locke. On renonçait donc à la doctrine rationaliste, et à l'importance qu'elle accordait à la raison, à l'âme et aux esprits animaux qui servent de lien entre l'esprit et le corps. On découvrait l'empirisme, qui enseignait que la connaissance était entièrement fondée sur la perception et des vérités logiques indépendantes. Locke, qui était médecin en plus d'être philosophe, était parmi les premiers à appliquer la philosophie empirique à la conceptualisation de la folie, au milieu du dix-neuvième siècle :

> [Traduction]
> Car ils [les fous] ne me semblent pas avoir perdu la faculté de raisonner. Ils associent plutôt entre elles certaines idées de façon très erronée. Ils prennent ces idées pour des vérités et ils se trompent comme le font les hommes qui ne font pas la distinction entre les vraies idées et les fausses. Car, par la violence de leur imagination, bien qu'ils confondent leurs fantasmes et la réalité, ils sont néanmoins capables d'en

[572] Un répertoire des théories médicales et des traitements en matière de folie a été dressé par M. Foucault, *Madness and Civilisation* (New York: Random House, 1965).

[573] C.N. French, *The History of St. Luke's Hospital* (1951), p. 35; cité dans Anne Digby, *Madness, Morality and Medicine* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), p. 9.

tirer de bonnes déductions[574].

Au début du dix-neuvième siècle, le principal objectif du traitement des déments devenait donc la correction de leur mauvaise manière d'associer des idées.

Le mouvement chrétien d'évangélisation a contribué à changer les attitudes à l'égard des personnes atteintes de folie. Les évangélistes prêchaient la fraternité humaine et l'égalité fondamentale de tous les êtres humains devant Dieu. Après avoir épousé jadis la thèse de la grande chaîne de l'Être, et l'idée que le dément était une bête, les évangélistes de la fin du dix-huitième et du dix-neuvième siècles ont réaffirmé l'humanité fondamentale du dément. Le fait d'avoir reconnu que le dément était un être humain a eu un effet énorme sur les attitudes envers les fous et la manière dont ils étaient traités. Cette reconnaissance a aussi eu pour effet de mobiliser les contestations successives à l'encontre des systèmes de placement en établissement en plein essor. Cependant, signalons que les doctrines libérales qui prônaient les droits de la personne ainsi que le scepticisme des forces sociales et médicales qui s'intéressaient au traitement de la folie au cours du dix-neuvième siècle ont eux aussi joué un rôle important dans l'élaboration de ces contestations.

Les résultats concrets de ces changements d'attitudes permettent de mieux en saisir la portée. Des asiles furent construits et étaient vus comme des endroits de traitement. En 1796, le York Retreat, un établissement privé fondé par les Quakers, entreprit son programme de traitement et de direction morale. Selon ce programme, les malades étaient soumis à un minimum de restrictions et jouissaient du plus de liberté possible à l'intérieur de l'établissement. On les encourageait à vaquer à des tâches ménagères au sein de l'établissement dans la mesure de leur capacités dans le cadre de programmes d'ergothérapie. L'on tentait de rendre le séjour du malade aussi agréable que possible. Un «foyer de transition» fut établi en 1811, pour aider les malades à réintégrer la société. S'inspirant des idées de Locke, cette méthode consistait à corriger les erreurs de perception et d'associations dans un milieu contrôlé. Cette méthode visait à inculquer de la discipline morale au malade, pour qu'il puisse se réorienter par rapport à la réalité. Le programme de direction morale fut repris dans plusieurs établissements plus importants au début du dix-neuvième siècle. Ces programmes connurent un succès mitigé.

[574] John Locke, *An Essay Concerning Human Understanding*, (1690), réimprimé par Everyman, 1965. Vol. I, p. 127.

Bien sûr, on continuait à administrer des traitements médicaux. Les progrès de la science médicale permirent de mettre au point un certain nombre de remèdes chimiques. À partir du milieu du siècle, les opiacés comme les sels de morphine et la teinture d'opium (laudanum) étaient employés comme sédatifs. La pose de ventouses et les saignées, qui figuraient parmi les traitements préférés au début du siècle, furent pratiquées de moins en moins. On commença à administrer divers composés de bromure à la fin des années 1850 et on continua de les employer jusqu'à la fin du siècle. L'hydrate de chloral était employé comme dépresseur et sédatif dès 1869.

Au siècle dernier, l'on assiste en outre à l'accroissement de l'organisation chez les médecins en général et chez ceux qui travaillaient dans le domaine de la maladie mentale en particulier ainsi qu'à une plus grande reconnaissance de ces professions. Au début du siècle, la formation médicale avait connu une réforme importante. Au cours des années 1820, l'étude des textes grecs classiques avait fait place aux méthodes cliniques enseignées dans les hôpitaux universitaires. À partir du milieu du siècle, les programmes médicaux des cinq universités produisaient des centaines de finissants chaque année. En 1745, la chirurgie fut reconnue comme une profession à part entière et distincte de la profession de barbier. Plus tard au dix-huitième siècle, cette discipline était enseignée dans les universités (le premier établissement universitaire à offrir ce cours fut l'université d'Édimbourg). À partir de 1815, les apothicaires devaient être titulaires d'un permis. Toutefois, il n'existait aucune interdiction pour empêcher les droguistes non qualifiés et les charlatans de vendre des remèdes. La loi intitulée *Medical Act, 1858* créait, pour la première fois, un tableau des médecins, chirurgiens et apothicaires et limitait l'exercice de la médecine aux personnes inscrites à ce tableau. Cependant, rien n'empêchait quelqu'un d'offrir des cures, pourvu qu'il ne prenne le titre de médecin. À partir de ce moment, la formation universitaire devenait une condition essentielle de l'exercice de la médecine ou de la chirurgie. La profession telle qu'elle était exercée à l'époque était cependant fort différente de celle d'aujourd'hui. Par exemple, jusqu'au milieu du siècle, un apothicaire pouvait prescrire des médicaments. En outre, l'on ignorait encore la notion de médicament à usage restreint qui ne peut être obtenu que sur ordonnance médicale. Néanmoins, les professions devenaient de plus en plus puissantes, de plus en plus prestigieuses et de plus en plus spécialisées[575].

Un nombre croissant de médecins se spécialisaient en folie et agissaient à

[575] Pour rédiger le présent paragraphe, nous nous sommes beaucoup inspirés de R. Porter, *Disease, Medicine and Society in England, 1550-1860* (London: Macmillan, 1987).

titre de consultants dans des maisons de fous privées ou des asiles publics. Cette tendance s'est accentuée avec l'accroissement de la réglementation administrative à laquelle ces établissements étaient assujettis. À partir de la fin du dix-huitième siècle, des membres du Royal College of Physicians étaient chargés de l'émission des permis pour les maisons de fous privées dans la région Londres Middlesex Westminster[576]. À compter de 1828, des fonctionnaires (Justices) étaient chargés de visiter toutes les maisons de fous privées accompagnés d'un médecin, d'un chirurgien ou d'un apothicaire[577]. À partir de 1832, toutes les maisons de fous devaient faire l'objet de visites périodiques par un médecin, et chaque maison de fou privée de plus de 100 malades devait avoir un médecin sur les lieux à son service[578]. L'Association of Medical Officers of Hospitals for the Insane fut constituée en 1842 et publia sa propre revue dès 1853.

En 1842, l'Association of Medical Officers of Hospitals for the Insane complétait sa taxonomie diagnostique normalisée. Les catégories répertoriées étaient la manie, la monomanie, la mélancolie, la démence, l'insanité morale, l'idiotie et l'imbécillité, la paralysie générale et l'épilepsie. Cette taxonomie comprend plusieurs catégories diagnostiques encore reconnues à notre époque : les manies et la mélancolie seraient les pendants des maladies maniaques dépressives, l'insanité morale correspondrait essentiellement aux désordres de personnalité, l'idiotie et l'imbécillité correspondraient à la déficience mentale. La démence et l'épilepsie gardent encore de nos jours leur appellation du dix-neuvième siècle[579]. Au York Retreat, pendant la première moitié du dix-neuvième siècle, les cas de manie et de mélancolie représentaient environ 79 pour cent des diagnostics à l'admission[580]. Cette statistique semble correspondre généralement au taux relevé pour les établissements privés[581].

Pendant que les notions de folie subissaient ces changements, la perception

---

[576] *An Act for regulating Madhouses*, 14 George III (1774) c. 49, art.2.

[577] *An Act to regulate the Care and Treatment of Insane Persons in England*, 9 George IV (1828) c. 41, arts. 2, 11 et 20.

[578] *An Act for regulating for Three Years, and from thence until the End of the then next Session of Parliament, the Care and Treatment of Insane Persons in England*, 2/3 William IV (1832) c. 107, art. 33.

[579] Voir Digby, p. 135 et s.

[580] Digby, p. 136.

[581] Voir Parry-Jones, p. 323 et s.

du rôle du droit dans la société faisait elle aussi l'objet d'une révolution. Dans son livre intitulé *Law and Orders*, C.K. Allen nous donne une idée de l'ampleur de cette révolution juridique :

> [Traduction]
> À partir de 1832, nous (les Britanniques) avons entrepris une période de réforme sociale et juridique sans précédent dans notre histoire. De nos jours, nous avons tendance à voir notre époque comme l'ère des premières et véritables «lois sociales». Aux yeux de notre génération, plusieurs réformes du dix-neuvième siècle semblent à un tel point élémentaires et évidentes que nous leur reconnaissons à peine leur caractère innovateur, au point où elles sont souvent jugées avec mépris comme des expériences inepties. Cependant, il s'agissait, pour l'époque, de mesures audacieuses et souvent révolutionnaires. Rares sont celles qui ont pu être réalisées sans patience et détermination. Tous les aspects de la vie sociale, et plusieurs aspects de ce que la société libérale voyait comme la vie privée, ont été réévalués. La santé publique, l'instruction, la réforme de l'administration locale et municipale, les lois de bienfaisance, le droit du travail, particulièrement ce qui touchait le travail des enfants, le droit pénal, le droit des sociétés, le droit judiciaire et la procédure, le droit matrimonial et de la famille, ainsi que le droit immobilier, ont tous été l'objet, non pas de quelques mesures législatives isolées, mais, dans la plupart des cas, de politiques législatives complètes. Divers domaines du droit technique, du droit pénal, du droit commercial ainsi que du droit des biens réels et personnels ont fait l'objet de lois importantes visant leur codification et leur modification. En outre, le législateur a dû s'attaquer à toutes les questions hautement techniques qui se sont posées parallèlement au progrès qu'ont marqué plusieurs inventions et découvertes scientifiques, notamment les chemins de fer, l'électricité, le gaz, la thérapeutique et plusieurs autres. Nulle époque et nul pays n'ont jamais connu un si grand nombre de lois constructives dans tant de domaines[582].

Cet enthousiasme à l'égard des réformes législatives s'est étendu au domaine du droit de l'aliénation mentale, avant même 1832, date qui a marqué le début des réformes, selon Allen, et s'est intensifié par la suite. Sauf la loi de 1324, l'aliénation mentale n'avait pas fait l'objet de législation avant 1774, alors que les asiles privés se sont vus imposer l'obligation de détenir un permis[583]. Cette loi compte trente-cinq articles, et elle est réimprimée sur moins de cinq pages. Au dix-neuvième siècle, au moins quarante et une lois régissaient l'aliénation mentale et l'idiotie. Les principales initiatives législatives et codifications ont été promulguées en 1828[584], 1845[585], 1853[586] et 1890[587]. La Loi de 1890 renferme trois

---

[582] C.K. Allen *Law and Orders* (London : Stevens & Sons, 1947) p. 23 et s.

[583] *An act for regulating Madhouses*, 14 George III (1774) chap. 49. Une loi de 1744 sur les vagabonds avait permis la détention d'aliénés mentaux dangereux. Voir *An act to amend and make more effectual the Laws relating to Rogues, Vagabonds, and other idle and disorderly Persons, and to Houses of Correction*, 17 George II (1744) c. 5, par. 20 et 21.

[584] 9 Geo. IV (1828) cc. 40 et 41.

[585] *An Act for the Regulation of the Care and Treatment of Lunatics*, 8/9 Victoria (1845) chap. 100. *An Act to amend the Laws for the Provision and Regulation of Lunatic Asylums for Counties and Boroughs, and for the Maintenance and Care of Pauper Lunatics, in England*, 8/9 Victoria (1845) chap. 126.

cent quarante-deux articles, en plus de cinq annexes, comprenant vingt-deux formules. Cette Loi occupe cent seize pages du recueil de lois de 1890. Dès 1890, les modifications apportées à cette loi avaient permis d'y ajouter des articles prévoyant des mécanismes de protection de procédure équitable pour prévenir l'internement illégal, des restrictions sur l'emploi de la force, des règlements accordant à certaines personnes le droit absolu de correspondre avec les malades ou de leur rendre visite, des dispositions sur l'alimentation, des restrictions sur les personnes qui pouvaient traiter les malades et qui pouvaient être employées dans les établissements, des enquêtes sur l'aliénation mentale et les curatelles, la nomination de visiteurs et de commissaires, les deux principaux organes administratifs chargés de l'administration de la loi, et chargés de mener des enquêtes en matière d'aliénation mentale, ainsi qu'un énoncé de fonctions, des dispositions sur la célébration du culte, la tenue des très nombreux dossiers, l'autorisation d'exploiter des asiles privés, la construction et l'administration d'asiles de comtés et la manière de pourvoir aux dépenses engagées pour les aliénés mentaux nécessiteux. Les règlements pouvaient être faits par le cabinet, les visiteurs ou les commissaires, selon la question en cause.

La plus grande conscience sociale à l'égard de la folie, marquée par la prolifération des lois en ce domaine, a permis le traitement des personnes atteintes de folie à une plus grande échelle, et a à la fois été conditionné par ce phénomène. Avant le dix-huitième siècle, il existait un établissement important pour les aliénés. Il s'agissait de Bethlehem Hospital, communément appelé Bedlam. Fondé en 1247, ce n'est qu'au début du quinzième siècle qu'il a acquis sa vocation d'établissement destinés aux aliénés mentaux. À l'origine, il faisait partie du prieuré de St.Mary of Bethlehem. Henri VIII a concédé l'établissement à la ville de Londres, pour qu'il serve d'établissement pour aliénés mentaux nécessiteux, après la dissolution des monastères. Jusqu'à la fondation du St-Luke's Hospital, Bedlam était le seul asile public d'aliénés en Angleterre. Cinq autres asiles ont été établis au cours de la dernière moitié du dix-huitième siècle, à Manchester, Newcastle, York, Liverpool et Leicester.

Ceux qui avaient des capitaux pouvaient aussi exercer le «trafic de la folie», florissant. Ce vocable peu flatteur désignait l'exploitation commerciale d'asiles

---

[186] *An Act to amend an Act passed in the Ninth Year of Her Majesty, "for the Regulation of the Care and Treatment of Lunatics"*, 16/17 Victoria (1853) c. 96. *The Lunatic Asylums Act*, 1853, 16/17 Victoria (1853) c. 97.

[187] *Lunacy Act, 1890*, 53 Victoria (1890) c.5.

privés. Généralement, les droits demandés pour l'entretien et les soins d'une personne dans ces établissements pourraient varier entre quatorze et soixante livres sterling environ par année, quoique pour ceux qui pouvaient se le payer il n'y avait aucune limite apparente au confort qui pouvait être fourni, ou aux droits qui pouvaient être demandés pour les payer. On signale le cas d'une personne qui aurait payé plus de six cent livres pour un séjour de deux ans[588]. Les moins bien nantis devaient vraisemblablement se débrouiller du mieux qu'ils le pouvaient. Apparemment, un très grand nombre d'entre eux aboutissaient dans un hospice («workhouse» ou «poorhouse»), ou dans la prison du village.

Avec la conscience sociale grandissante du dix-neuvième siècle, cette situation a changé. Avant 1808, la construction d'asiles se faisait par souscription publique, un geste de charité posé par la population locale. Une loi de 1808 a accordé aux «justices» locaux le pouvoir de lever un impôt pour la construction d'asiles d'aliénés de comté[589], et d'ordonner que les frais d'entretien des aliénés mentaux nécessiteux dans ces établissements soient acquittés par la paroisse, si nécessaire. En 1845, il était devenu obligatoire pour chaque comté de construire de tels asiles[590]. Avec le temps, les paroisses se sont vues de plus en plus contraintes de faire interner leurs aliénés mentaux nécessiteux dans l'asile de comté plutôt qu'à l'hospice («workhouse»). Entre temps, le trafic de la folie se poursuivait jusqu'à la fin du siècle. Cependant, en 1890, une limite a été imposée au nombre d'asiles agréés[591].

En raison de tous ces facteurs, le nombre de personnes internées n'a cessé de croître au cours du siècle. En 1800, il y avait environ 5 000 personnes internées dans les asiles de Grande-Bretagne. En 1900, ce nombre s'élevait à environ 100 000[592]. En 1808, on comptait environ 2,26 aliénés officiellement recensés pour

---

[588] Parry-Jones, p. 125. L'étude de Parry-Jones demeure l'analyse historique la plus complète et la plus détaillée du système d'asiles privés en Angleterre. Son étude a surtout porté sur les dix-huitième et dix-neuvième siècles.

[589] *An Act for the better Care and Maintenance of Lunatics, being Paupers or Criminals in England*, 48 George III (1808) c. 96.

[590] *An Act to amend the Laws for the Provision and Regulation of Lunatic Asylums for Counties and Boroughs, and for the Maintenance and Care of Pauper Lunatics, in England*, 8/9 Victoria (1845) chap. 126, art. 2.

[591] *Lunacy Act, 1890*, 53 Victoria (1890) c. 5, art. 207.

[592] Porter, *A Social History of Madness*, p. 20.

10 000 habitants. En 1890, ce nombre atteignait 29,26 pour 10 000 habitants[593]. La construction d'établissements spécialement destinés aux idiots a commencé au dernier quart du dix-neuvième siècle et s'est poursuivie au début du vingtième.

Cet aperçu historique permet de tirer un certain nombre de conclusions sur la manière dont la folie était perçue au dix-neuvième siècle.

D'abord, ce siècle marque le début de l'intervention de professionnels dans le domaine de la santé mentale. La puissance et l'autorité des corporations médicales ont progressivement pris de l'ampleur, ce qui a permis, à la longue, d'établir un corps de règles médicales reconnues, à partir desquelles les charlatans pouvaient être identifiés. De plus en plus de personnes se sont spécialisées dans le domaine de l'aliénation mentale et, tout au long du siècle, cette discipline est progressivement devenue du ressort des médecins. Ce processus, par lequel les professionnels ont occupé cette discipline, s'est poursuivi au vingtième siècle.

Deuxièmement, la réglementation de l'aliénation mentale a progressivement été perçue comme une affaire d'État. Cette question ne devait plus être laissée au gré des oeuvres de bienfaisance privées, ni d'accords privés entre l'exploitant de l'asile et la famille de l'aliéné mental.

Troisièmement, la folie était désormais perçue comme une affection qui devait être maîtrisée. Évidemment, le siècle précédent avait tenté d'instaurer ses propres mesures de contrôle, comme en témoingne la collection de chaînes et de menottes employées au cours de cette période. Cependant, alors que le siècle précédent imposait des restrictions corporelles, on peut soutenir qu'au dix-neuvième siècle on tentait de maîtriser la folie elle-même. Dans un contexte thérapeutique, cette préoccupation se manifestera plus tard, au cours du siècle, par l'emploi croissant de sédatifs et d'opiacés et, au début du dix-neuvième siècle, par l'emploi de traitement et de direction moraux. Alors qu'au dix-huitième siècle la société s'en prenait à la personne atteinte de folie, au dix-neuvième siècle la lutte était menée contre la folie elle-même, et on encourageait de plus en plus la personne aliénée à reconnaître cet objectif. Nul n'a énoncé cet argument avec plus de vigueur que Foucault :

> [Traduction]
> En fait, Tuke [en mettant au point un mécanisme axé avant tout sur la direction morale] a créé un asile dans lequel il a substitué à la terreur déchaînée de la folie, l'angoisse contraignante de la responsabilité.

[593] B. Hoggett *Mental Health Law*, (2nd ed.), (London: Sweet and Maxwell, 1984), p. 6. Les statistiques de Hoggett diffèrent légèrement de celles de Porter.

> La peur ne régnait plus de l'autre côté des portes de la prison : elle faisait rage dorénavant sous les sceaux de la conscience. Tuke a dès lors déplacé les terreurs immémoriales dans lesquelles l'aliéné mental était pris au piège, pour les faire porter au coeur même de la folie. Il est vrai que l'asile ne punissait plus la culpabilité de l'aliéné. Cependant, il en faisait bien plus : il organisait cette culpabilité. Il l'organisait pour que l'aliéné prenne conscience de lui-même, et pour que la relation avec le gardien soit non réciproque. Il l'organisait pour que l'homme de raison prenne connaissance d'autrui, et de l'intervention thérapeutique dans l'existence de l'aliéné. En d'autres mots, par cette culpabilité, l'aliéné devenait un objet de punition, toujours vulnérable à l'égard de lui-même et d'autrui. De la reconnaissance de son état d'objet et de la conscience de sa culpabilité, l'aliéné devait reprendre conscience de lui-même en tant que sujet libre et responsable et, par conséquent, retrouver la raison[594].

Foucault exagère peut-être. De manière convaincante, Digby soutient qu'au York Retreat du moins, l'établissement fondé par Tuke et mentionné dans le passage de Foucault précité, la direction n'était pas aussi coercitive que Foucault nous le laisse entendre[595]. Bien entendu, il reste à savoir si la défense par Digby de la direction morale comme telle s'applique aux autres établissements qui imitaient le programme de direction morale en vigueur au Retreat. En outre, on se demande de quel oeil Foucault voit cette transition en admettant qu'il ait une opinion à ce sujet. Cependant, la constatation essentielle de Foucault ne fait pas de doute : la maîtrise exercée prenait une toute autre forme au dix-neuvième siècle qu'au dix-huitième.

Le droit naissant dans le domaine reflète les progrès thérapeutiques réalisés. Tandis que les contraintes physiques en vogue au dix-huitième siècle étaient régies par le droit et qu'elles devaient éventuellement être justifiées par le dépôt d'une formule au dossier médical, aucune restriction n'était imposée aux traitements médicaux qui pouvaient être administrés au malade.

Quatrièmement, on assiste à un changement d'attitude fondamental au début de cette période. En effet, l'aliéné mental n'est plus perçu comme une bête ou un animal. On reconnaît que l'aliéné mental est un être humain. Cette attitude est loin d'entrer en conflit avec la notion de maîtrise discutée précédemment. En fait, elle la confirme. C'est seulement lorsque l'humanité de l'aliéné mental est reconnue que la direction morale prend tout son sens. C'est seulement lorsque l'humanité de l'aliéné mental est reconnue que la maladie, et non l'individu, devient objet de maîtrise.

Cette tendance à reconnaître l'humanité de l'aliéné mental se retrouve dans

---

[594] Foucault, *Madness and Civilization*, p. 247.

[595] Digby, au chapitre 3, et surtout au chapitre 4.

le débat public portant sur l'aliénation mentale et l'internement. Avant le dix-neuvième siècle, la principale préoccupation de ceux qui contestaient les abus de pouvoir d'internement portait sur le mauvais diagnostic. Ces personnes craignaient que les personnes internées n'étaient peut-être pas folles en réalité. À cette préoccupation, que l'on constate tout au long du dix-neuvième siècle s'ajoutent les préoccupations à l'égard des normes de soins et de la vie dans les asiles. De plus en plus, les gens se montraient franchement préoccupés par les circonstances dans lesquelles se trouvaient les aliénés et les nécessiteux et compatissaient à leur égard. L'aliénation mentale était devenue une question de politique sociale.

Cependant, cette approche humanitaire avait ses limites. En Angleterre, au dix-neuvième siècle, l'asile continuait généralement à être perçu comme un lieu de détention et comme une nouvelle méthode pour appliquer les politiques de contrôle social. Jusqu'en 1930, les asiles publics acceptaient uniquement les malades internés. Pendant la plus grande partie du siècle, les aliénés mentaux nécessiteux ne pouvaient être admis que sur l'ordre d'un «justice», et, en 1890, toutes les admissions faisaient l'objet d'un examen judiciaire.

Développement dans la législation et la procédure jusqu'en 1890

Comme nous l'avons vu, on assiste, au dix-neuvième siècle, à une véritable pléthore de lois régissant les asiles et les maisons d'aliénés, leur construction et leur agrément. En comparaison, les règles de droit qui avaient pour objet la détermination de la capacité ont été élaborées davantage par la jurisprudence, par opposition aux textes de lois. Néanmoins, les dix lois qui avaient pour objet la détermination de la capacité et les biens de personnes qui, suite à une enquête, avaient été jugées atteintes d'aliénation mentale, promulgués entre 1825 et 1890, ont codifié, consolidé, modifié, et suppléé aux règles de droit élaborées par le common law.

Le processus d'enquête pour déterminer si une personne était ou non un aliéné mental a graduellement été codifié. Au début du siècle, ces enquêtes étaient menées par trois commissaires nommés par le lord chancelier. En 1833, un commissaire avait le pouvoir de rendre ce verdict[596], et à partir de 1842, les

[596] *An Act to diminish the Inconvenience and Expense of Commissions in the Nature of Writs De lunatico inquirendo; and to provide for the better Care and Treatment of Idiots, Lunatics, and Persons of unsound Mind, found by such Inquisition*, 3/4 William IV (1833) c.36, art. 1

commissaires n'étaient plus des juges mais des avocats (barristers) ayant au moins dix ans d'expérience[597]. De 1842 à 1862, les commissaires entendaient toutes les enquêtes en matière d'aliénation mentale. À partir de 1862[598], les affaires qui devaient être instruites devant jury étaient entendues devant les tribunaux de common law, alors que les commissaires continuaient à entendre les affaires pour lesquelles aucun jury n'était demandé.

Les commissaires, en outre, étaient d'office chargés d'accompagner les médecins affectés à la visite des personnes déclarées démentes à la suite d'une enquête. Ils faisaient part au lord chancelier de leurs constatations sur les soins et les traitements donnés à ces personnes, ainsi que sur leur «[Traduction] santé mentale et physique». Dans une large mesure, le rôle de ces «visiteurs» consistait à veiller au respect de normes minimales de soins et de traitement à l'endroit des personnes atteintes de démence; mais il s'agissait aussi d'éviter que les personnes rétablies ne demeurent indéfiniment privées de tout recours. À compter de 1862, ils ont eu également pour mission de rendre visite aux personnes présumées démentes pour présenter leurs conclusions au lord chancelier[599]. Une taxe prélevée sur les biens des personnes incapables servait à payer les frais des «visiteurs».

Le rythme des visites était régi par le législateur. Selon la loi de 1833, il devait y en avoir au moins une par année[600]. En 1862, on est passé à une visite par trimestre[601], pour fixer la fréquence à deux fois par an en 1882[602].

Les lois relatives aux enquêtes sur les cas de démence ont été refondues et

---

[597] *An Act to alter and amend the Practice and Course of Proceeding under Commissions in the Nature of Writs De lunatico inquirendo*, 5/6 Victoria (1842) c. 84, art.1

[598] *The Lunacy Regulation Act, 1862*, 25/26 Victoria (1862), c. 86, art. 4.

[599] *The Lunacy Regulation Act, 1862*, 25/26 Victoria (1862), chap. 86, art. 21.

[600] *An Act to diminish the Inconvenience and Expence of Commissions in the Nature of Writs De lunatico inquirendo; and to provide for the better Care and Treatment of Idiots, Lunatics, and Persons of unsound Mind, found by Inquisition*, 3/4 William IV (1833) ch. 36, art. 2.

[601] *The Lunacy Regulation Act 1862*, 25/26 Victoria (1862), c. 86, art. 20.

[602] *Lunacy Regulation Amendment Act, 1882*, 45/46 Victoria (1882) ch. 82, art. 4.

modifiées en 1853, à la faveur d'une importante initiative législative[603]. Pour la première fois, la formation d'un jury n'était plus obligatoire lorsqu'un procès avait lieu sur une imputation de démence. L'intéressé conservait néanmoins le droit d'être entendu par un jury, pourvu qu'il fût en état d'en exprimer le souhait. Par ailleurs, la loi lui reconnaissait aussi expressément le droit d'être avisé à l'avance des procédures envisagées à son égard[604].

Suivant les dispositions de la loi de 1853, l'enquête sur l'état mental de la personne présumée démente se limitait, à moins d'instructions contraires données par le lord chancelier, à «[Traduction] la question de savoir si, au moment de l'enquête, [cette personne] est atteinte d'aliénation mentale et est incapable de s'occuper d'elle-même ou de ses affaires»[605]. En 1862, la règle devient plus rigoureuse : aucun élément de preuve ne peut désormais être produit concernant quelque propos tenu ou quelque acte fait par le présumé dément plus de deux ans avant l'audience[606]. La loi de 1862 donne par ailleurs expressément à ce dernier la possibilité de témoigner[607].

Elle prévoit également une procédure simplifiée à l'égard des personnes qui possèdent peu de biens[608].

Un texte de 1830[609] régissant la gestion des biens des incapables -- essentiellement, une refonte d'un certain nombre de lois du XVIII[e] siècle -- nous donne une idée des règles générales qui allaient s'appliquer en la matière jusqu'à la fin du XIX[e]. Il y est presque uniquement question de propriétés foncières et d'actions; le législateur insiste sur le maintien du *statu quo* à cet égard. La loi comporte des garanties contre la confiscation des propriétés foncières des

---

[603] *An Act for the Regulation of Proceedings under Commissions of Lunacy, and the Consolidation and Amendment of the Acts respecting Lunatics so found by Inquisition, and their Estates*, 16/17 Victoria (1852) ch. 70.

[604] *Id.*, art. 40 à 43.

[605] *Id.*, art. 47.

[606] *Lunacy Regulation Act, 1862*, 25/26 Victoria (1862), ch. 86.

[607] *Id.*, art. 6.

[608] *Lunacy Regulation Act, 1862*, 25/26 Victoria (1862), ch. 86, art. 12.

[609] *An Act for consolidating and amending the Law relating to Property belonging to Infants, Femes Covert, Idots, Lunatics and Persons of Unsound Mind*, 11 George IV/1 William IV (1830), ch. 65.

incapables et prévoit que les obligations de l'incapable envers son propriétaire foncier, tout comme celles des locataires de l'incapable envers celui-ci, demeurent en vigueur. Autrement dit, elle vise la préservation de la structure sociale établie. Un comité était habilité à gérer les intérêts des incapables en conformité avec le *statu quo*, notamment en ce qui avait trait aux rapports avec les locataires, mais toute modification radicale de la situation juridique (constitution de charges grevant les droits fonciers de l'incapable, par exemple) devait recevoir la sanction de la *Court of Chancery*.

Dans leurs grandes lignes, ces règles relatives à la gestion des biens sont demeurées en vigueur jusqu'à la fin du XIX[e] siècle. Les curateurs se sont vu conférer des pouvoirs de plus en plus étendus, mais toute modification radicale touchant le patrimoine est restée assujettie à l'approbation judiciaire.

Les rapports sont complexes entre les règles applicables lorsque la démence est prononcée à la suite d'une enquête et les règles relatives à la démence en général. Jusqu'en 1890, il n'existait aucune disposition spécifique prévoyant l'admission, dans des maisons de santé ou des asiles d'aliénés, des personnes déclarées démentes à la suite d'une enquête. L'obligation générale d'obtenir l'attestation d'un médecin et parfois une ordonnance judiciaire s'appliquait donc aussi à elles. Partant, il n'existait aucune disposition particulière régissant l'admission de ces dernières. Si les fonctionnaires responsables de l'inspection des asiles d'aliénés jouissaient d'une manière générale, dès 1828[610], du pouvoir de mettre en liberté, dans certaines circonstances, les personnes victimes d'un internement abusif, ce pouvoir n'a jamais été appliqué à l'égard de personnes déclarées démentes à la suite d'une enquête.

Par ailleurs, plusieurs textes législatifs ont été adoptés dans le but de déceler les cas où des personnes, internées en vertu des lois sur les asiles d'aliénés, auraient également dû être soumises au régime de la curatelle vu l'importance relative de leur patrimoine. Des fonctionnaires étaient chargés de signaler le nom des personnes qui vraisemblablement étaient en possession de biens. On a institué en 1845[611] un mécanisme simplifié de désignation d'un curateur : les inspecteurs de l'Administration pouvaient ainsi présenter un rapport sur la situation du dément au lord Chancelier, qui procédait alors à cette désignation. Le régime de curatelle ne s'éteignait que six mois après la fin de l'internement.

---

[610] *An Act to Regulate the Care and Treatment of Insane Persons in England*, 9 George IV (1828) ch. 41, art. 37.

[611] *An Act for the Regulation or the Care and Treatment of Lunatics*, 8/9 Victoria (1845), ch. 100, art. 95.

Ces dispositions ont été modifiées en 1853. Désormais, les commissaires devaient aviser le lord chancelier lorsque les biens d'une personne internée «[Traduction] ne sont pas correctement protégés, ou lorsque le revenu qui en est tiré ne lui est pas dûment attribué [au dément][612]». Avant la production d'un tel rapport, il n'était donc pas suffisant que la personne internée soit incapable : il fallait aussi qu'elle soit victime d'un abus. La remise du rapport entraînait la mise sur pied d'une enquête suivant la procédure habituelle[613].

Il est difficile de préciser dans quelle mesure, au XIX[e] siècle, la déclaration de démence à la suite d'une enquête restreignait les droits de l'intéressé. Une chose est sûre, toutefois : l'établissement de la commission n'empêchait pas l'intéressé de tester; du reste, la jurisprudence du XIX[e] siècle en matière de capacité porte surtout sur la validité de testaments. Il s'agissait de savoir dans ces affaires si le testament avait été fait pendant un «moment de lucidité» du testateur.

En matière de contrats, les choses ne sont pas aussi claires. On trouve dans une décision écossaise, *M'Adam v. Walker and Another*, les observations suivantes sur la capacité de conclure un contrat (de mariage, en l'occurrence) :

> [Traduction]
> Leurs Seigneuries connaissaient l'état du droit anglais sur cette question, et à leur connaissance le droit d'Écosse n'était pas différent à cet égard. Tout homme pouvait se marier, et du reste conclure tout autre contrat, pourvu qu'il fût sain d'esprit à ce moment-là. Afin d'empêcher les déments de se marier pendant un moment de lucidité, la législature avait établi que la personne déclarée démente ne pouvait contracter mariage. Il s'ensuivait qu'elle pouvait conclure d'autres contrats pendant ses moments de lucidité et que les mariages n'étaient pas interdits, sauf les mariages contractés pendant une période où l'état de démence avait été constaté. La procédure habituelle consistait à instruire un procès sur la question de savoir si l'intéressé était sain d'esprit au moment où le contrat avait été conclu; et s'il l'était, son état mental antérieur ou ultérieur ne revêtait aucune importance[614].

Il semble ressortir de cette décision que le droit régissant les contrats était identique au droit applicable aux testaments, à cette exception près que les

---

[612] *An Act for the Regulation of Proceedings under Commissions of Lunacy, and the Consolidation and Amendment of the Acts respecting Lunatics so found by Inquisition, and their Estates*, 16/17 Victoria (1853) ch. 70, art. 54.

[613] Cette modification de 1853 est sans doute le reflet des préoccupations qui demeurent pertinentes à l'égard de cette enquête, à savoir, la protection maximale des personnes dans le besoin, sans immixtion injustifiée dans les affaires privées des pourvoyeurs de soins ni ponction injustifiée des ressources administratives ou financières de l'Etat.

[614] *M'Adam v. Walker and Another* (1813), 1 Dow. 148, pp. 177 et suiv.

mariages étaient nuls *ab initio* si l'état de démence de l'un des contractants avait été constaté de cette manière. Cette conclusion s'accorde avec la décision *Snook v. Watts*[615], qui portait sur une hypothèque. Après la signature du contrat d'hypothèque, une commission avait été formée, qui avait conclu que Watts était dément pendant la période ayant précédé cette signature. Mais ce fait, constaté par la commission, n'annulait pas automatiquement l'hypothèque; un procès a été tenu sur la question de savoir si Watts jouissait de toutes ses facultés au moment où le contrat avait été signé.

Cette règle paraît avoir été en vigueur jusqu'à la fin du siècle, dans les cas où la commission a rendu son ordonnance après la signature du contrat, mais a conclu à un état de démence existant déjà au moment de la conclusion de celui-ci. La décision *Re Walker*[616] de 1904 avait trait à un contrat, signé après l'ordonnance de la commission, qui aurait eu pour effet de confier les biens de Walker à une fiducie constituée pour son compte jusqu'à la fin de ses jours, le reste étant destiné à sa famille naturelle. Le contrat s'apparentait à un testament, mais la cour a tout de même conclu à sa nullité, à cause de l'ordonnance de la commission. Le raisonnement invoqué par la cour pour établir des règles différentes à l'égard des contrats et des testaments n'est pas entièrement convaincant. Toutefois, le fait que, au cours du XIX[e] siècle, la validité des contrats signés durant une commission n'ait pas été défendue selon le même argument que celle des testaments (à savoir, parce qu'ils ont été signés dans un moment de lucidité) donne à penser que la décision *Walker* traduit la façon dont le droit était normalement interprété.

Le droit du XIX[e] siècle, comme celui du XVIII[e], comportait une présomption de capacité, de sorte que d'une manière générale la charge de la preuve, en cas de procès, incombait à la partie qui invoquait l'incapacité[617]. Cette règle était toutefois assortie d'un certain nombre d'exceptions.

Tout d'abord, la constatation de l'aliénation mentale de la personne en cause entraînait l'inversion de la charge de la preuve. Ainsi, dans l'affaire *Snook*, cette charge incombait à la partie qui voulait faire reconnaître la validité du contrat, une

---

[615] *Snook v. Watts* (1848), 11 Beav. 105.

[616] *Re Walker* [1905] 1 Ch. 160 (C.A.).

[617] Voir *Attorney-General v. Parnther* (1792), 29 E.R. 632; *Snook v. Watts* (1848), 11 Beav. 105, p. 107.

commission ayant conclu que Watts était aliéné avant la signature[618]. Lorsqu'une demande était présentée en vue de faire annuler une commission, il incombait à la personne déclarée démente de démontrer qu'elle était rétablie.

Ensuite, les testaments formaient un cas particulier; et les règles touchant la charge de la preuve en cette matière ont connu des modifications au cours du XIX[e] siècle. Au début, les tribunaux avaient tendance à exiger que la personne qui attaquait un testament en invoquant l'incapacité du testateur fasse la preuve de cette incapacité[619]. Cette règle était fondée sur la présomption de capacité existant en common law. Mais à partir de 1838, on a dans certaines décisions estimé que pour établir la validité du testament, il fallait prouver la capacité du testateur. On se trouvait donc à imposer la charge de la preuve à la partie qui demandait l'homologation du testament[620]. Cette tendance jurisprudentielle a fini par l'emporter.

En Ontario, le législateur a repris une bonne partie du droit anglais sans y apporter de modifications. En ce qui concerne la gestion des biens, par exemple, des règles semblables à celles du droit anglais ont été établies dans cette province, en vertu desquelles le *statu quo* doit normalement être préservé[621]. La même chose s'est produite quant à l'effet d'une déclaration d'incapacité sur la capacité de tester, de conclure un contrat ou de contracter mariage et quant à la charge de la preuve en matière d'incapacité.

La jurisprudence sur les règles de fond

La jurisprudence du XIX[e] siècle a atténué la rigidité des catégories antérieurement établies. Au début du siècle, il n'est plus obligatoire que la

---

[618] *Snook*, p. 107.

[619] *Dew v. Clark* (1826), 3 Add. 79, p. 86; *Evans v. Knight and Moore* (1822), 1 Add. 229, p. 232; *Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne* (1852), 2 Rob. Ecc. 472, p. 477 (dans cette dernière affaire, la charge a été inversée à cause de l'état de démence constaté par une commission).

[620] Voir *Barry v. Butlin* (1838), 2 Moore 480, p. 482; *Harwood v. Baker* (1840), 3 Moore 282, p. 297; *Waring v. Waring* (1848), 6 Moore 341, p. 355; *Cleare and Forster v. Cleare* (1869), 1 P. & D. 655, p. 657.

[621] C'est toujours la politique, par exemple, du bureau du curateur public en Ontario : voir Bartlett, «Reform of the Office of the Public Trustee», 24 *University of Western Ontario Law Review* (1986) 79. En ce qui a trait aux curateurs désignés par le tribunal, toute modification importante du patrimoine doit normalement être approuvée par le tribunal : voir par exemple la *Loi portant réforme du droit de l'enfance*.

démence ou l'idiotie (on donne ici à ces termes la signification précise qui leur était attribuée au XVIII[e] siècle) ait été constatée avant la formation d'une commission; on reconnaît aussi que l'incapacité peut tenir, par exemple, à l'âge ou à des infirmités physiques. Le raisonnement du tribunal témoigne des attitudes nouvelles, plus humaines, caractéristiques de l'époque :

> [Traduction]
> [...] d'autre part, estimant, comme ce semblait être la conviction profonde de lord Eldon, que les personnes qui ont le plus besoin de protection ne devraient pas être laissées sans protection. Autre motif : il peut arriver à un homme illustre, dont la vie a été bien remplie, que par un processus naturel ses facultés s'affaiblissent, et qu'il en vienne à ne plus être en mesure de s'occuper de lui-même ou de ses affaires. Il serait inconvenant de le traiter comme un dément et d'instituer une commission de la manière habituelle, ce qui risquerait plus tard de nuire aux membres de sa famille. On suppose -- et c'est une opinion très répandue --que cette triste maladie est héréditaire; se pose alors un dilemme pénible : ou bien cette personne doit être privée de toute protection, ou bien sa famille souffrira plus tard des mesures prises. Pourquoi un homme n'aurait-il pas le droit d'être protégé au cours de cette deuxième enfance, comme il l'a été au cours de la première? La prérogative se résume ainsi : il appartient au roi de veiller à la protection des personnes qui ne peuvent prendre soin d'elles-mêmes[622].

Parallèlement, les anciennes règles sur les causes de nullité ont perdu de leur importance. C'est ainsi que dans l'affaire *Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne*, il a été reconnu que l'idiotie ne remontait pas nécessairement à la naissance, mais qu'elle pouvait se présenter ultérieurement au cours de la vie[623]. Toutefois, on continuait à considérer que l'état d'idiotie était permanent, tout moment de lucidité étant exclu[624].

Tout particulièrement pendant les soixante-dix premières années du siècle, les distinctions entre idiotie et démence ont conservé une certaine pertinence. Bien qu'en droit cela ne fût plus obligatoire, les tribunaux se sont donné bien du mal pour déterminer si telle ou telle personne était «démente», l'état de démence se caractérisant par les hallucinations. Cette approche découle, nous l'avons vu, de la philosophie de Locke, dont une assez longue citation figure du reste dans un jugement[625]. Conformément aux thèses de Locke toujours, les tribunaux tendaient à l'époque à estimer explicitement, lorsqu'il leur fallait statuer sur la capacité d'une

---

[622] *Ex parte Cranmer* (1806), 12 Ves. Jun. 445, p. 449. Sur ce point, la cour a suivi la décision *Ridgeway v. Darwin* (1802), 8 Ves. Jun. 65.

[623] *Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne* (1852), 2 Rob. Ecc. 472, en particulier pp. 482 et suiv.

[624] *Id.*, p. 491.

[625] *Dew v. Clark and Clark* (1828), 3 Add. 79, pp. 92 et suiv.

personne, que l'existence de pensées rationnelles n'avait aucune importance[626].

Le tribunal qui adoptait cette approche ne se fondait pas nécessairement sur la conception médicale de l'alinénation mentale, bien que cette conception découlât en grande partie des idées de Locke. Par exemple, dans l'affaire *Frere v. Peacocke*[627], le point en litige consistait à savoir si un malade atteint d'«aliénation morale» était par le fait même incapable de tester. L'aliénation morale était une catégorie de maladie mentale reconnue à l'époque, définie comme «[Traduction] une maladie qui affecte uniquement les sentiments, ou ce que l'on appelle les facultés morales de l'esprit, par opposition aux facultés de l'entendement ou de l'intellect. [...] Lorsqu'une personne calme, pondérée, peu sujette aux émotions violentes, devient excitable, violente, impétueuse, irréfléchie et extravagante, au point d'étonner ses parents et ses amis, on émet fréquemment l'hypothèse que ce changement de caractère est susceptible d'être causé par des troubles de l'esprit[628]». L'état d'aliénation morale n'était pas source d'hallucinations, et par conséquent on a décidé qu'il ne portait pas atteinte à la capacité de tester. La décision *Waring v. Waring*[629] traite quant à elle du problème inverse. La testatrice avait été atteinte de monomanie, un état de délire qui, d'après les experts médicaux, ne la privaient pas de la capacité de tester. Le tribunal, refusant de se rallier à cette opinion, a conclu à l'incapacité de la testatrice à cause de cet état psychotique.

Une fois l'état psychotique établi et l'incapacité constatée, les tribunaux hésitaient à conclure soit à un moment de lucidité, soit à un rétablissement. Chose certaine, ils ne le faisaient jamais si la personne en cause continuait à avoir des hallucinations[630]. Et de toute façon on était extrêmement réticent à reconnaître qu'une personne était rétablie. Peut-être parce que, selon les thèses de Locke, les facultés de raisonnement du dément pouvaient demeurer intactes, on s'inquiétait beaucoup de ce qu'il puisse feindre ne plus avoir d'hallucinations, sans être véritablement guéri[631]. Un juge ira même jusqu'à tenir les propos suivants :

---

[626] *Id.*, pp. 111 et suiv., pp. 169 et suiv.

[627] *Frere v. Peacocke*, 1 Rob. Ecc. 442.

[628] *Id.*, pp. 446 et suiv.

[629] *Waring v. Waring* (1848), 6 Moore 341.

[630] *Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic* (1849), 1 Mac. & G. 116, p. 132.

[631] Voir *Dew v. Clark and Clark* (1826), 3 Add. 79, pp. 111 et suiv.; *Waring v. Waring* (1848), 6 Moore 341, pp. 354 et suiv.; *In re Dyce Sombre* (1849), 1 Mac. & G. 132.

[Traduction]
Le docteur Willis, au sujet des troubles mentaux, déclare clairement que souvent des hommes prennent à tort pour un moment de lucidité la simple absence d'hallucinations; d'après lui, on ne saurait dire qu'un aliéné a retrouvé la raison à moins qu'il n'ait librement et volontairement avoué les hallucinations qu'il a subies; ce à quoi je me permets d'ajouter que la confession ou les aveux doivent être faits, non seulement d'une manière libre et volontaire, mais aussi sans aucune intention de feindre la santé mentale et l'absence d'hallucinations, de jouer un rôle, en se fondant sur l'opinion connue ou présumée de l'enquête »[632].

Pendant une grande partie des soixante-dix premières années du XIX[e] siècle, la «confession» d'hallucinations passées a été considérée comme un signe important de rétablissement. Mais il est arrivé, à l'occasion, que de telles confessions soient tenues pour tenter de tromper le tribunal, de la part d'un dément astucieux[633].

Toute cette jurisprudence sur la démence peut être mise en perspective avec la conception de l'idiotie qui était prédominante à l'époque. L'idiotie consistait en une faiblesse des facultés de raisonnement. Par conséquent, si la preuve de la capacité de s'occuper de ses affaires n'était pas particulièrement efficace lorsqu'il s'agissait de réfuter une imputation de démence, elle s'avérait au contraire d'une grande pertinence en matière d'idiotie ou d'imbécillité. Dans l'affaire *Bannatyne*, par exemple, la preuve que la personne s'occupait de son compte bancaire, achetait et vendait des actions, était capable d'un comportement social correct, a convaincu le tribunal que l'imputation d'imbécillité n'était pas fondée[634]. De même, on ne s'est pas demandé dans cette affaire si le prétendu imbécile pouvait avoir feint son rétablissement, la chose étant impossible.

Telles sont les catégories auxquelles les tribunaux ont eu recours jusqu'en 1870. Cette structure a dans une large mesure été réexaminée et clarifiée à la faveur de deux décisions, rendues respectivement en 1870 et en 1880 : *Banks v. Goodfellow*[635] et *Jenkins v. Morris*[636]. On a à ce moment-là atténué les distinctions entre la démence, l'idiotie et les autres formes de débilité mentale.

---

[632] *Waring v. Waring* (1848), 6 Moore 341, pp. 354 et suiv.

[633] Voir par exemple *Prinsep and The East India Co. v. Dyce Sombre and Others* (1856), 10 Moore 232, pp. 264 et suiv.

[634] *Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne* (1852), 2 Rob Ecc. 472, pp. 491 et suiv.

[635] *Banks v. Goodfellow* (1870), 5 Q.B.D. 549.

[636] *Jenkins v. Morris* (1880), 14 Ch. Div. 674.

L'affaire *Banks* était une cause concernant la capacité testamentaire. Le testateur avait des hallucinations dans lesquelles il était poursuivi et molesté par des diables ou des esprits maléfiques et par un homme qui était mort depuis quelques années. En dépit de ces hallucinations, le jury conclut qu'il avait été légalement capable de faire son testament. Ce qui était en question dans la cause, c'était de savoir si les hallucinations, qui n'étaient pas significatives pour la rédaction de son testament, affectaient cependant sa capacité testamentaire. Le tribunal examina les textes médicaux sur le sujet, et ne trouva aucun consensus. Plusieurs tests de capacité furent examinés, provenant de causes tant anglaises qu'américaines. Finalement, le tribunal conclut que lorsque les hallucinations ne se rapportaient pas à l'objet du testament, la capacité testamentaire n'était pas compromise.

L'affaire est significative pour diverses raisons. Elle trancha entre deux lignes d'argumentation conflictuelles s'agissant de savoir si l'incapacité partielle existait ou non. Une ligne d'argumentation relativement ancienne avait adopté le point de vue selon lequel l'incapacité partielle était possible. Par exemple, s'inspirant à nouveau de Locke, le juge dans l'affaire *Dew v. Clark and Clark* observa :

> [Traduction]
> L'avocat des légataires universels a dit aussi à maintes reprises que cette "démence partielle" est quelque chose d'inconnu dans la loi d'Angleterre. ... Mais si on entend et on veut dire par là que la loi d'Angleterre ne juge jamais une partie à la fois saine d'esprit et démente à différents moments sur le même sujet; et à la fois saine d'esprit et démente sur des sujets différents (ce dernier sens étant le sens le plus courant de l'expression "démence partielle"; et celui dans lequel je suppose qu'elle a été utilisée tout le temps par l'avocat de la famille), il peut difficilement y avoir une position plus dénuée de fondement légal; ou plutôt, il peut difficilement y en avoir une qui soit plus contraire au mouvement et au cours de l'autorité légale[637].

L'affaire *Waring v. Waring*[638] aboutit à un résultat différent. Cette affaire concernait la monomanie, une catégorie diagnostique dans laquelle une partie seulement de l'esprit était dite délirante. En dépit de l'opinion médicale qui créa la catégorie, le tribunal statua que les délires pouvaient affecter seulement l'esprit tout entier :

> [Traduction]
> Car nous devons toujours garder en vue ce que l'inexactitude du langage ordinaire tend à nous faire oublier, à savoir que l'esprit est un et indivisible; que lorsque nous parlons de ses différentes capacités ou facultés, comme la mémoire, l'imagination, la conscience, nous parlons de façon métaphorique, assimilant l'esprit au corps, comme s'il avait des membres ou des compartiments, alors que, pour parler

[637] *Dew v. Clark and Clark* (1826), 3 Add. 79, aux p. 93 et s. Locke est cité comme autorité explicite pour cette position dans le paragraphe suivant celui qui est cité.

[638] (1848), 6 Moore 341.

avec précision, nous voulons dire que l'esprit agit de diverses façons, c'est-à-dire en se rappelant, en s'imaginant, en réfléchissant, le même esprit étant l'agent de toutes ces opérations[639].

L'affaire *Banks* trancha cette question en faveur de l'existence de la démence partielle.

L'effet de l'affaire *Banks* fut de limiter l'importance de la distinction entre folie et idiotie. Bien qu'il soit fait référence à des textes médicaux français, anglais, italiens et américains dans le jugement, il n'existait manifestement aucun consensus médical sur le sujet devant le tribunal et les textes ne semblent pas être particulièrement utiles au tribunal dans l'atteinte d'un résultat. Suivant la tradition des causes anglaises antérieures, le tribunal ne s'appuya pas sur des catégories diagnostiques, mais aborda plutôt le problème de la capacité dans le contexte du testament contesté. Contrairement aux autorités anglaises antérieures en matière de folie, le juge dans l'affaire *Banks* se fonda sur les capacités du testateur relativement aux questions financières et sur sa rationalité, dans le contexte d'une détermination de la capacité testamentaire. Il alla même jusqu'à s'appuyer sur la loi sur l'idiotie pour parvenir à ses conclusions[640].

L'affaire *Banks* fut un peu comme un point tournant. C'était la décision la plus détaillée et la plus organisée sur la folie depuis *Dew v. Clark and Clark*, presque un demi-siècle plus tôt. Elle passait en revue la diversité des décisions existant à ce moment-là. Elle examinait les textes médicaux dans le domaine. Elle examinait la diversité des tests qui avaient été appliqués tant en Angleterre qu'en Amérique. Quoique la portée réelle du jugement soit étroite, la teneur du jugement est beaucoup plus large.

L'affaire *Banks* traitait d'une situation dans laquelle les hallucinations n'avaient manifestement pas de rapport avec l'objet du testament. À plusieurs reprises, le jugement se limite clairement à cette situation. Il affirme de plus explicitement que des hallucinations significatives serviraient à invalider un testament :

[Traduction]
Nous avons donc ici la mesure du degré de capacité mentale sur laquelle il conviendrait d'insister. Si

---

[639] Ibid., p. 349.

[640] p. 566. En effet, le test de capacité proposé dans l'affaire *Banks*, portant sur la compréhension de la nature et des conséquences de l'acte, de l'importance des biens dont on dispose, et des prétentions que l'on devrait naturellement déclencher, est fondamentalement identique au test de capacité formulé dans le contexte de l'idiotie : voir *Harwood v. Baker* (1840), 3 Moore 282, aux p. 290 et s.

les instincts et les affections humaines, ou le sens moral, deviennent pervertis par la maladie mentale; si des soupçons insensés, ou l'aversion, prennent la place de l'affection naturelle; si la raison et le jugement sont perdus, et si l'esprit devient la proie de délires déments estimés interférer avec ses fonctions et les déranger et conduire à une disposition testamentaire due seulement à leur influence funeste -- dans un tel cas il est clair que la condition de la capacité testamentaire fait défaut, et qu'un testament fait dans de telles circonstances ne devrait pas demeurer valable[641].

On peut soutenir que l'affaire *Jenkins v. Morris*[642] représente la situation dans laquelle un délire pourrait bien avoir affecté l'objet d'un contrat. Jenkins était le représentant de Price, qui avait loué sa ferme à bail en fonction de l'idée délirante qu'elle était polluée par du soufre. Si la terre avait été polluée ainsi, les loyers du bail auraient été supérieurs à la juste valeur; comme la terre n'était pas polluée, les loyers étaient inférieurs à la juste valeur. En dépit du délire, le jury conclut que Price était légalement capable de signer le bail. Ce qui était en question, c'était de savoir si le juge du procès aurait dû dire expressément au jury que des idées délirantes se rapportant à la ferme compromettraient la capacité contractuelle.

La Cour d'appel anglaise statua qu'il n'y avait pas eu directive erronée. Les trois jugements des juges de la cour d'appel ne sont pas entièrement concordants. Baggallay L.J. était certain que Price était sujet à des idées délirantes insensées à propos de sa ferme, mais que «[Traduction] ce n'est pas une raison suffisante, à mon avis, pour qu'il soit présumé avoir été légalement incapable d'exécuter le bail en question, si le jury était convaincu que les idées délirantes auxquelles il était sujet n'avaient pas jusque là affecté les facultés générales de son esprit de manière à le rendre incapable de s'occuper de la propriété qui faisait l'objet du bail»[643]. Bramwell L.J. adopte une position similaire :

[Traduction]
Il me semble que les instructions qu'il [i.e., le juge du procès] lui [le jury] a données étaient, comme on pouvait l'attendre de lui, assez justes, parce que ce qu'il dit c'est «c'est une question pratique --il s'agit de savoir s'il était dément au point d'être incapable de gérer ses propres affaires au sens de disposer de sa propriété, et même d'une propriété estimée par lui être pleine de soufre»[644].

Le statut du délire dans ces remarques est sensiblement rabaissé par rapport à ce

[641] *Banks v. Goodfellow* (1870), 5 Q.B. 549, p. 565.

[642] (1880), 14 Ch. D. 674. Voir aussi *Birkin v. Wing* (1890) 6 L.T. 80 et *The Imperial Loan Co. Ltd. v. Stone* (1892), 1 Q.B. 599 pour des situations similaires où des résultats similaires furent atteints.

[643] p. 685.

[644] p. 686.

qui aurait été le cas plus tôt dans le siècle. Le délire n'est plus la marque et la caractéristique déterminante de l'incapacité : c'est maintenant au mieux un facteur à considérer dans l'évaluation générale de la capacité. Le problème central ne concerne plus l'existence d'un délire, mais plutôt les capacités de la personne concernée.

Les commentaires du maître des rôles Jessel manifestent un écart encore plus grand par rapport à la loi antérieure :

> [Traduction]
> ... car on doit se souvenir que bien qu'un homme puisse croire qu'une ferme est imprégnée de soufre et n'est pas en état pour qu'il y vive, il peut encore être un homme d'affaires habile, et peut même croire que l'autre partie peut ne pas être au courant de l'imprégnation de la ferme par le soufre, et qu'en conséquence il peut obtenir un prix plus élevé pour celle-ci que si l'on savait qu'elle était imprégnée ainsi. Il peut avoir eu parfaitement raison quant à sa conclusion sur ce sujet, et le jury peut avoir pensé que c'était le cas. Le Juge, en fait, dit qu'il était un homme d'affaires habile[645].

Alors qu'il y a de la place dans les raisons des deux autres juges pour l'argument selon lequel un contrat signé sous l'emprise d'un délire serait par conséquent nul, le maître des rôles Jessel semble adopter la position qui consiste à regarder le monde à travers les yeux délirants de Price. Price réalise dans ce scénario que le preneur à bail n'est pas au courant de la pollution par le soufre. Price croit qu'il peut réaliser une aubaine financière. L'aubaine aura lieu, bien sûr, seulement si Price ne délire pas. La compréhension qu'a Price du fait qu'il peut réaliser une aubaine est cependant la preuve de sa capacité. Donc, le fait de délirer, loin d'être une preuve d'incapacité, fait partie intégrante de la preuve de capacité.

On peut soutenir que le jugement rendu dans l'affaire *Banks* représente une tentative de mettre la loi plus en conformité avec les connaissances scientifiques de l'époque. En accord avec la conception médicale de la condition, les personnes affligées de monomanie devaient être incapables seulement pour les portions de leur capacité affectées par la monomanie. Ceci reflète les caractéristiques déterminantes de la monomanie en tant que catégorie diagnostique, et la cause met donc la réalité légale en conformité avec la réalité clinique.

Lorsque les affaires *Banks* et *Jenkins* sont considérées ensemble, cependant, une interprétation différente vient à l'esprit. La démarche suggérée en est une d'éloignement par rapport aux catégories diagnostiques, en direction d'une norme plus juridique. La distinction entre folie et idiotie, qui correspondait à une

[645] p. 683.

distinction clinique existante, devient moins pertinente alors que le test de folie se fonde plus sur la capacité, et devient donc plus semblable au test d'idiotie. Le résultat est un mouvement d'éloignement vis-à-vis des questions de perception de la réalité dans le test de capacité.

Si le délire était le problème principal au dix-neuvième siècle, au moins jusqu'aux affaires *Banks* et *Jenkins*, comment comprenait-on le délire? Comment le tribunal savait-il quand une personne délirait? Comme on l'a déjà dit, la rationalité n'était pas le problème. La capacité à continuer à s'occuper de ses propres affaires et des questions sociales était pertinente pour une détermination d'idiotie, mais pas pour une détermination d'incapacité attribuable à la folie. Comme cela a déjà été noté, la «confession» d'un délire antérieur était considérée comme un indicateur de guérison, bien qu'il y eut controverse s'agissant de savoir si de telles confessions étaient insincères ou non.

Lord Langdale (maître des rôles) explique dans l'affaire *Snook v. Watts* la difficulté qui se présente :

> [Traduction]
> Il n'y a je crois aucun sujet plus difficile à examiner et à juger d'une manière satisfaisante dans les tribunaux judiciaires que l'état de l'esprit d'un homme, en ce qui concerne sa santé mentale ou sa démence, dans le but de déterminer s'il est ou non légalement lié par ses actes ou responsable de ceux-ci; et indépendamment de la difficulté qu'il y a à se faire une idée claire de ce que l'on devrait comprendre par l'expression «équilibre de l'esprit», il est dans beaucoup de cas extrêmement difficile de déterminer sur quelles indications de déséquilibre prétendu on devrait se fier, et de distinguer entre les idées délirantes d'un homme dément et les opinions erronées ou les notions fausses d'un homme qui est reconnu être en général sain d'esprit[646].

La définition technique de «délire» fut établie tôt dans le siècle : «[Traduction] C'est seulement la croyance en des faits qu'aucune personne rationnelle ne croirait qui est un délire dément»[647]. Comme on l'expliqua dans une cause un peu plus
tardive :

> [Traduction]
> Nous ne pouvons cependant nous tromper en disant que les délires déments sont de deux sortes: la croyance en des choses impossibles; la croyance en des choses possibles, mais tellement improbables, compte tenu des circonstances environnantes, qu'aucun homme sain d'esprit ne leur accorderait foi; ce à quoi nous pouvons ajouter le fait de pousser jusqu'à un degré insensé des impressions qui ne sont

[646] *Snook v. Watts* (1848), 11 Beav. 105, p. 108.

[647] *Dew v. Clark and Clark* (1828), 3 Add. 79.

pas par nature irrationnelles[648].

Ces définitions sont dans une large mesure circulaires ou si pleines d'évidence qu'elles ont peu d'utilité pratique. La loi a accordé de l'attention pendant tout le siècle à l'idée que l'excentricité n'était pas la même chose que la folie, et il pouvait être difficile de distinguer entre ces catégories. Plusieurs techniques furent développées par les tribunaux pour identifier le moment où des personnes étaient en fait en proie au délire.

Les délires allégués de la personne devaient être examinés dans le contexte de sa vie antérieurement à une infirmité prétendue quelconque. Cette approche fut suivie, par exemple, dans *Snook v. Watts* :

> [Traduction]
> Un homme peut être sujet à des idées délirantes, et l'un des moyens, et peut-être le moyen le plus précis, de juger si l'on devrait ou non s'appuyer sur ces indications apparentes comme prouvant un déséquilibre général de l'esprit, consiste à comparer les actes de démence prétendus avec d'autres actes de la même personne et avec le cours général de sa vie; de sorte que, sur les questions de démence, on doit prendre en considération beaucoup plus que les actes de démence imputée particuliers. Lorsque la conduite et le cours général de la vie d'un homme sont de nature à indiquer un esprit sain et la connaissance de ses affaires, la preuve d'un ou plusieurs actes particuliers, pourtant très étranges en eux-mêmes, et fournissant pourtant quelque fondement pour l'imputation de démence, ne serait pas une preuve suffisante pour montrer que tous ses actes étaient effectués sous l'emprise d'un délire de démence. D'un autre côté, lorsque différentes personnes pensent qu'un homme a été dément à un moment particulier, et qu'il a continué à l'être depuis lors, la preuve d'un ou plusieurs actes effectués par la suite apparemment à la manière d'un homme sain d'esprit ne prouverait pas, si elle n'était pas accompagnée d'autres preuves et de l'application de quelque test ou enquête, que les actes effectués l'étaient dans des circonstances où tout délire était absent, ou, ce qui a tout autant d'importance, où l'influence à laquelle les personnes agissant sous l'emprise de délires déments sont de leur propre aveu sujettes ne s'exerçait pas[649].

En accord avec cette approche, les souhaits d'une personne reconnue comme capable furent considérés dans certaines affaires. *Harwood v. Baker*, par exemple, était une affaire dans laquelle Baker, quelques heures avant sa mort, rédigea un testament laissant l'ensemble de ses biens à sa seconde femme, et déshéritant le reste de sa famille :

> [Traduction]
> Maintenant, si leurs Seigneuries avaient conclu à partir des autres preuves que M. Baker avait, alors qu'il était en bonne santé, comparé et soupesé les prétentions de sa famille, et avait nourri l'intention délibérée de les rejeter toutes en faveur de sa femme, mais avait omis de faire entrer cet objectif en vigueur avant l'attaque de maladie de laquelle il mourut, et que pendant cette maladie il avait agi en

[648] *Prinsep and The East India Co. v. Dyce Sombre and Others* (1856), 10 Moore 232, p. 246.

[649] *Snook v. Watts* (1848), 11 Beav. 195, aux p. 108 et s.

fonction de cette intention antérieure, et rédigé un testament en conséquence, -- moins de preuves de la capacité à soupeser ces prétentions pendant sa maladie pourraient avoir été suffisantes pour montrer que le testament proposé contenait réellement l'expression de l'esprit et de la volonté du défunt. Mais lorsque leurs Seigneuries concluent que jusqu'à la date de sa maladie il avait nourri l'intention délibérée de distribuer une grande partie de ses biens entre ses parents; et qu'il n'avait jamais, avant l'heure à laquelle il donna les instructions pour le testament contesté, exprimé la moindre intention de laisser ses biens à sa femme; et lorsque leurs Seigneuries concluent de plus (comme ils sont bien obligés de croire que cela a été le cas) que pendant sa maladie il avait essayé de rédiger une ébauche de testament, contenant la distribution d'une grande partie de ses biens entre ses proches -- auxquels il est probable que le défunt faisait allusion lorsqu'il fit remarquer à Pollock que son testament n'avait pas été rédigé d'une manière satisfaisante auparavant -- leurs Seigneuries sont d'avis que l'Appelant n'a pas démontré par sa déposition que le papier soumis par lui comme le testament de M. Baker contient réellement ses dernières volontés[650].

Le test de loin le plus fréquent pour déterminer si une personne souffrait ou non d'idées délirantes impliquait l'examen du caractère approprié de ses actions. Ce n'est pas que les tribunaux exigeaient explicitement que les personnes se comportent d'une manière considérée comme socialement appropriée; en réalité, les tribunaux répétaient fréquemment que la simple excentricité ne devait pas être confondue avec la folie, bien qu'elle tienne lieu de preuve dans l'examen du tribunal[651]. C'est plutôt que l'on s'attendait à ce que les personnes capables agissent d'une manière déterminée. L'essence de cette approche est éclairée dans le passage suivant, qui touche la capacité testamentaire :

[Traduction]
... lorsque l'on prouve qu'une aberration mentale s'est manifestée chez le testateur allégué, le degré de preuve nécessaire pour justifier un acte testamentaire quelconque dépend grandement du caractère de l'acte lui-même. S'il entend donner effet seulement à des intentions vraisemblables, sa validité peut être établie à partir de preuves comparativement minces. Mais des preuves très différentes en nature et d'un poids beaucoup plus grand en degré sont nécessaires pour appuyer un acte qui entend contenir des dispositions contraires aux intentions probables du testateur, ou qui suggère, à un degré quelconque, la folie ou la frénésie[652].

Quoique ce serait une erreur que de placer cette approche au niveau d'une présomption légale de nature à renverser la charge de la preuve dans une cause, on doit noter que les tribunaux aimaient citer la remarque suivante de Sir William Wynne :

[Traduction]
Je pense que la preuve la plus forte et la meilleure qui peut se présenter relativement à un intervalle lucide est celle qui provient de l'acte lui-même : je considère ceci comme la chose qui doit être

650 *Harwood v. Baker* (1840), 3 Moore 282, aux p. 313 et s.

651 Voir, par exemple, *Dew v. Clark and Clark* (1828), 3 Add. 79, p. 182.

652 *Evans v. Knight and Moore* (1822), 1 Add. 229, aux p. 237 et s.

examinée en premier, et s'il peut être prouvé et établi que c'est un acte rationnel effectué rationnellement, l'affaire tout entière est prouvée[653].

Il est tentant de traiter cette manière de penser comme du droit jurisprudentiel orienté vers le résultat sous sa forme la plus flagrante, ce qui serait juste jusqu'à un certain point. Il est certainement vrai que les tribunaux agissaient d'une manière beaucoup plus favorable lorsque les droits d'une famille ayant longtemps souffert étaient menacés au profit de personnes louches. Lorsqu'un résultat qui aurait pu de prime abord apparaître comme socialement et moralement inapproprié était maintenu, le tribunal justifiait souvent l'inconséquence. Dans *Barry v. Butlin*, où un testament déshéritant la famille fut confirmé, le tribunal fit valoir que le testateur était dans un état d'aliénation complète par rapport à son fils, et «[Traduction] dans cet état de complète aliénation par rapport à son fils, il n'est pas du tout anormal de supposer qu'il ne ferait pas de lui l'objet de sa générosité»[654].

Le test est cependant plus complexe que cela. Nous avons vu que le dix-neuvième siècle adopta un programme de gestion morale. Bien que fondé en grande partie sur la philosophie lockéenne pour laquelle la folie était le résultat d'intuitions imparfaites, le programme commença dans un environnement construit par les Quakers. Le programme se présenta dans le contexte d'une maison de moquerie dans l'asile, couronnée par le cadre moral de la famille victorienne[655]. Il faut se souvenir aussi que la «démence morale» était une classification connue de la taxonomie médicale dès la fin du dix-huitième siècle. Ce diagnostic pouvait être employé pour un malade qui était irascible, grossier, fourbe, adonné à la boisson, sale, paresseux, ou qui avait un comportement sexuel impropre, par exemple[656]. Dans ces conditions, il n'est pas surprenant que le test de démence ait une composante morale marquée. Ce n'est pas seulement du droit jurisprudentiel orienté vers le résultat; c'est également le reflet de la conception sociétale de la démence courante à l'époque.

Avec la disparition du rôle central du délire pour la compréhension de la folie, le passage suivant de *Banks* devint la norme :

---

[653] *Cartwright v. Cartwright* (1793), 1 Phill. 90, p. 100.

[654] *Barry v. Butlin* (1838), 2 Moore 480, p. 489.

[655] Voir de plus Digby, *Madness, morality and medicine: A Study of the York Retreat, 1796-1914*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1985), aux chapitres 3 et 4.

[656] Voir Digby aux p. 93 et s. Ce diagnostic était rare, du moins au York Retreat.

[Traduction]
Il est évident, dans chaque cas, que l'on devrait insister sur la possession des facultés intellectuelles et morales communes à notre nature comme une condition indispensable pour l'exercice convenable d'un pouvoir impliquant ainsi une responsabilité morale. Il est fondamental pour l'exercice d'un tel pouvoir qu'un testateur doive comprendre la nature de l'acte et ses conséquences, doive comprendre l'importance des biens dont il dispose; doive être capable de comprendre et d'apprécier les prétentions qu'il devrait déclencher....[657]

Ce test n'oblitérait pas le rapport entre choix moral et capacité. En effet, l'aptitude à effectuer des choix en accord, non seulement avec la raison, mais aussi avec la moralité, était explicitement exigée par la proposition finale du passage cité. Tout comme il n'y avait aucune condition explicite que la personne excentrique obéisse aux codes moraux, il n'y avait aucune exigence que le testateur en vertu de *Banks* procède à une disposition à caractère moral des biens. La cause est assez explicite sur ce point. Toutefois, l'importance de l'aptitude à raisonner d'une manière morale subsiste[658].

Les affaires du dix-neuvième siècle sur la détermination de la capacité reflètent de plusieurs manières le contexte social de l'époque. L'impact des concepts de démence qui ont été développés au cours de la période a déjà été discuté. L'idée d'escompter que les personnes qui sont capables effectuent des choix humains naturels est, de même, lourde de présupposés culturels. Le jugement suivant lequel la famille est l'objet naturel de sa générosité, sauf brouille radicale, reflète de toute évidence les conceptions victoriennes de la vie de famille. Les causes sont de même pleines de stéréotypes sexistes, racistes, et religieux. On disait des personnes du sous-continent indien qu'elles étaient enclines à

---

[657] *Banks v. Goodfellow* (1870), 5 Q.B. 549, p. 565. Le passage se poursuit ainsi :

> [Traduction]
> et, en vue du dernier objectif, qu'aucun désordre de l'esprit ne doive empoisonner ses affections, pervertir son sentiment du bien, ou empêcher l'exercice de ses facultés naturelles -- qu'aucun délire dément ne doive influencer sa volonté lorsqu'il dispose de ses biens et produire une disposition de ceux-ci qui, si l'esprit avait été sain, n'aurait pas été effectuée.

Bien que la citation entière soit parfois rapportée, ce dernier passage doit être lu à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Jenkins*.

[658] Les parallèles avec les discussions modernes à propos de la détermination de la capacité sont évidents. Comme le tribunal du dix-neuvième siècle, cette Enquête a examiné la pertinence des désirs de l'individu lorsque celui-ci était capable, et la nécessité de prendre en considération les changements de personnalité. La tension centrale existant dans les causes du dix-neuvième siècle entre le désir d'aboutir à un résultat socialement ou rationnellement convenable, et le caractère désirable du fait d'autoriser les individus à vivre sans être soumis à des choix moraux obligatoires, est aussi vive aujourd'hui qu'elle l'était il y a un siècle.

«[Traduction] une satisfaction sensuelle de toute espèce non réfrénée»[659]. Des arrière-pensées étaient implicites dans une autre affaire à propos d'une personne prétendue être «méthodiste, ou calviniste, ou évangéliste, comme cela s'appelle»[660]. Un exemple clair des présupposés sexistes implique l'opinion d'un juge en 1885 quant à ce que les parties doivent comprendre afin d'être légalement capables de se marier :

> [Traduction]
> Je peux dire au moins ceci en commençant, c'est qu'il me semble que le contrat de mariage est un contrat très simple, qui ne requiert pas un haut degré d'intelligence pour être compris. Il s'agit d'un engagement que prennent un homme et une femme de vivre ensemble et de s'aimer l'un l'autre comme mari et femme, à l'exclusion de tous les autres. Ceci est développé dans les promesses de la cérémonie de mariage par des paroles qui font référence aux relations naturelles qui dérivent de cet engagement, comme la protection de la part de l'homme, et la soumission de la part de la femme[661].

Les valeurs culturelles de l'époque ne peuvent être ignorées lorsque l'on examine les conclusions d'incapacité qui en résultent.

Nous avons vu que, comme le dix-neuvième siècle progressait, un personnel médical de plus en plus organisé et professionnel gagnait une influence sociale croissante pour les questions concernant la folie. Ce changement se reflète jusqu'à un certain point dans les procès de l'époque. Assurément, comme le siècle progressait, les preuves médicales étaient automatiquement incluses dans le procès. Dès 1849, la Court of Chancery avait deux médecins qui conseillaient systématiquement le tribunal sur les questions de folie[662]. Néanmoins, le tribunal réservait la détermination véritable de l'incapacité au jury. Les preuves des témoins médicaux devaient être considérées comme significatives, mais pas déterminantes; les jurés devaient former leur propre jugement, sans s'en remettre aux preuves des témoins médicaux, mais sans les ignorer non plus[663].

Une partie de la résistance du tribunal peut être la conséquence des preuves

---

[659] *Prinsep and The East India Co. v. Dyce Sombre and Others* (1856), 10 Moore 232, p. 242. Cette affaire peut en dire autant sur l'attitude du tribunal anglais que sur le prétendu fou : Dyce Sombre fut trouvé dément en Angleterre, mais assez sain d'esprit en France.

[660] *Dew v. Clark and Clark* (1828), 3 Add. 79, p. 110 et pp. 193 et s.

[661] *Durham v. Durham* (1885), 10 P. 80.

[662] Les docteurs Bright et Southey. Voir *Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic* (1849), 1 Mac. & G. 116, p. 120.

[663] *Lovatt v. Tribe* (1862), 3 F. & F. 9, p. 11.

présentées. Le passage suivant de *Evans v. Knight and Moore* parle de toutes les preuves fournies dans les procès d'incapacité, y compris les preuves médicales :

> [Traduction]
> L'expérience que nous avons dans cette Cour nous enseigne que les preuves sur les questions de capacité sont presque toujours contradictoires. Les raisons évidentes des preuves conflictuelles sur ces questions sont que les preuves de capacité se présentent ordinairement comme des preuves sous forme d'opinion seulement; que, parmi les témoins, il n'y en a peut-être pas deux qui ont vu la partie dont on certifie l'état d'esprit précisément au même moment et précisément dans les mêmes circonstances; et qu'il se peut de plus que chacun des différents témoins, si nombreux qu'ils soient, mesure la capacité testamentaire d'après ses propres normes particulières. Ces sources de divergences, et beaucoup d'autres pourraient être énumérées, sont communes à tous les procès de ce genre[664].

Les tribunaux montraient parfois aussi un certain scepticisme à l'égard de la preuve médicale, vu que cette preuve était fondée sur une opinion ou une théorie qui était fournie en échange d'honoraires. *Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic* est une cause dans laquelle les preuves médicales furent abordées avec une réserve particulière:

> [Traduction]
> Avant d'aborder cette partie du procès, j'ai peur de ne pas être compris dans ce que j'ai dit ou ce que je pourrais dire, comme si j'imputais à n'importe lequel des médecins qui ont signé la lettre qui m'est adressée quelque intention de me tromper, ou comme si je suggérais qu'ils ne nourrissent respectivement pas honnêtement et sincèrement les opinions qu'ils ont exprimées. Je n'ai aucun doute qu'ils les nourrissent; mais j'ai vu suffisamment d'opinions professionnelles pour savoir que dans les questions de doute, à propos desquelles les esprits les mieux construits et les mieux informés peuvent ne pas être d'accord, il n'y a aucune difficulté à obtenir des opinions professionnelles de chaque côté. Si la question met en jeu une théorie ou un principe quelconque sur lequel les membres d'une profession sont divisés, l'évolution est évidente; mais sur tout autre sujet de doute, toute personne recherchant un avantage pécuniaire pour obtenir un objet en dirigeant, conduisant, et obtenant le rapport favorable de professionnels n'aura aucune difficulté à se procurer de telles opinions favorables[665].

Dans ce cas particulier, le scepticisme était probablement bien fondé. Le requérant avait passé un contrat avec un médecin comme conseiller médical. Les honoraires pour les services seraient de dix mille livres sterling si le procès était gagné, et de deux mille livres sinon. Le tribunal conclut qu'une condition de ce contrat était l'obtention d'opinions médicales favorables[666].

Il s'agit peut-être là d'un cas exceptionnel, à cause de l'ampleur des fonds en cause. Dans d'autres cas, le témoignage médical est sans aucun doute traité avec respect. On accorde aux preuves des médecins engagés par le tribunal un

---

[664] *Evans v. Knight and Moore* (1822), 1 Add. 229, p. 239.

[665] *Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic* (1849), 1 Mac. & G. 116, p. 128.

[666] *Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic* (1849), 1 Mac. & G. 116, p. 126.

respect particulier. Malgré tout, les témoins médicaux ne sont pas traités avec plus de respect que d'autres témoins.

On n'accordait pas au témoignage médical plus de poids qu'aux preuves d'autres témoins en partie parce que les connaissances et l'organisation professionnelle médicales étaient en voie d'élaboration au cours du siècle, et aussi en partie parce que l'autorité légale était en train de progresser. Nous avons vu que c'était une époque pendant laquelle la loi rendit un large éventail de thèmes, incluant la folie mais ne se limitant en aucune manière à elle, sujets à contrôle légal. Exprimer la politique sociale dans la loi devenait une habitude. L'approche du tribunal dans l'affaire *Banks* offre un exemple de cette tendance. Bien que le tribunal tienne assurément compte des traités médicaux sur la démence, il est également sensible à l'importance du droit de tester, et au rôle des lois testamentaires dans la société civile. Il en résulte une approche qui n'est pas déterminée par les catégories diagnostiques de l'époque ou par les opinions des professionnels médicaux. Le test employé dans l'affaire *Banks* s'applique aux à-côtés de la tâche légale précise à envisager, c'est-à-dire les biens du sujet du testament et les héritiers naturels des biens. La norme de compréhension et d'évaluation de l'objet n'est de même pas fondée sur des normes médicales, mais sur une norme juridique qui peut être appliquée par le tribunal.

Le vingtième siècle

Les dernières années du dix-neuvième siècle sont les années-clés pour le développement de normes juridiques de la capacité en Angleterre, et la common law reste pour l'essentiel inchangée depuis le dix-neuvième siècle. Dans la partie de la plus récente édition de Halsbury's qui traite de l'admissibilité des preuves dans la détermination judiciaire de la capacité mentale, par exemple, seulement trois des quarante-neuf affaires citées datent du vingtième siècle[447]. L'une d'entre elles date de 1900; une autre est une affaire générale sur le témoignage d'opinion d'un psychiatre, qui ne traite pas du tout de problèmes propres à la détermination de la capacité.

Les raisons du déclin soudain du nombre de causes ne peuvent pas être élucidées en faisant référence seulement aux lois et au droit substantif. Les révisions de 1890 à la *Lunacy Act* réduisirent assurément de façon significative le

[447] Voir Halsbury's *Laws of England*, (4e ed.), Lord Hailsham of St. Marylebone, (ed), (Londres : Butterworths, 1980), Vol. 30, para. 1029 à 1038.

besoin de commencer un procès grâce à une commission sur la folie. Cela n'avait cependant jamais été un terrain fertile de jurisprudence publiée. Les règles proposées par les établissements psychiatriques conformément à la Loi de 1890 empêchaient normalement la signature de documents par des malades, et ce fait, combiné avec le nombre croissant de personnes internées, peut avoir réduit le droit jurisprudentiel jusqu'à un certain point. Normalement, les règles n'empêchaient cependant pas la signature d'un testament ou d'un codicille. La disparition des procès concernant des testaments et des contrats effectués par des personnes non internées dans des établissements est un mystère.

Les causes qui existent reflètent en général les formulations de la loi du dix-neuvième siècle. La seule cause du vingtième siècle fréquemment citée concernant la capacité à faire un testament était l'affaire *Battan Singh v. Amirchand*[468], qui s'inspire étroitement de l'affaire *Banks v. Goodfellow*. Le testateur en était aux étapes finales d'une consomption, et on l'avait entendu déclarer qu'il n'avait aucun parent vivant. En fait, il avait bien des neveux vivant en Inde. S'inspirant de *Banks* et d'autres affaires antérieures de testaments, le tribunal statua que son ignorance de sa famille naturelle, qui avait été la bénéficiaire de testaments précédents, rendait le testateur légalement incapable de faire le testament. Le seul point méritant une brève note est que le tribunal ne fait aucune distinction dans la cause entre la folie en tant que fonction du délire, la déficience mentale (autrefois appelée idiotie), et l'imbécillité générale. La cause concernait cette dernière, mais les causes sur lesquelles on s'appuya englobent des cas à la fois de folie traditionnelle et d'idiotie.

L'affaire *In the Estate of Park, decd; Park v. Park*[469] de 1953 fournit une indication supplémentaire du peu de changement survenu dans la première moitié du vingtième siècle. Le testateur s'était marié peu avant sa mort. Le même jour, il rédigea un nouveau testament, laissant la majeure partie de ses biens à sa famille, mais laissant un petit legs à sa nouvelle femme. Le testament fut déclaré invalide en vertu d'un procès indépendant. Son testament antérieur était révoqué du fait de son mariage. Si le mariage était valide, par conséquent, le défunt mourait dans la loi intestat, et sa nouvelle femme devait recevoir une bonne partie des biens en vertu des lois de succession habituelles. Il devenait donc très important de discerner si le défunt avait été ou non légalement capable de se marier.

---

[468] *Battan Singh v. Amirchand* [1948] A.C. 161 (J.C.P.C.--Fiji).

[469] *In the Estate of Park, decd; Park v. Park* [1954] P. 112.

En s'appuyant sur la jurisprudence du dix-neuvième siècle, le tribunal statua que le test de capacité à se marier demandait de savoir si une partie était ou non «[Traduction] capable de comprendre la nature du contrat qu'elle avait passé»[670]. En accord avec cette jurisprudence, et en dépit des effets formidables du mariage sur les pouvoirs sur ses biens, il fut statué que le défunt avait été légalement capable de se marier, bien qu'il ne fût pas légalement capable de faire son testament. Encore une fois, il n'y avait pas de progrès particulièrement significatif par rapport à la loi du dix-neuvième siècle.

L'unique affaire qui devrait être soulignée parce qu'elle modifie de façon substantielle la loi du dix-neuvième siècle est *Re K, Re F*[671], une affaire concernant les procurations. Selon la jurisprudence du dix-neuvième siècle, une procuration était estimée être révoquée en cas d'incapacité du mandant du pouvoir[672]. La théorie semblerait être que le fondé de pouvoir était habilité à effectuer seulement les actes que le mandant avait pleins pouvoirs d'effectuer, et lorsque le mandant devenait incapable d'agir pour lui-même, le fondé de pouvoir devenait par définition incapable d'agir pour lui. S'inspirant d'autorités législatives de l'Ontario et d'autres autorités législatives canadiennes, l'Angleterre promulga une exception statutaire à cette règle en common law en 1985[673]. En vertu de cette exception, les procurations qui le stipulaient expressément pouvaient demeurer valides après une conclusion ultérieure d'incapacité. Ce qui était en question dans la cause, était de savoir si une personne devait ou non être capable de gérer ses finances afin de signer une procuration aussi durable.

Selon la jurisprudence du dix-neuvième siècle, la réponse aurait sûrement été qu'il devrait être capable sur ce point. Dans *Re K, Re F*, cependant, le tribunal statua qu'il existait deux normes de capacité indépendantes pour ces deux questions. La norme applicable à la signature de procurations durables était discutée dans les termes suivants :

---

[670] p. 121. Citant *Boughton and Marston v. Knight* (1873), L.R. 3 P. & M. 64. Le tribunal s'appuya aussi sur *Browning v. Reane* (1812), 2 Phill. Ecc. 69; *Durham v. Durham* (1885), 10 P. 80; *Hunter v. Edney* (1881), 10 P. 93 et *Cole v. Cole* (1857), 5 Sneed 57 (Tenn.) pour une élaboration plus approfondie du test de capacité à se marier.

[671] *Re K, Re F* [1988], 1 All. F. R. 358.

[672] Voir *Drew v. Nunn* (1879) 4 Q.B.D. 661, 40 L.T. 671 et les causes qui s'en inspirent.

[673] Voir *Enduring Powers of Attorney Act*, 1985 (R.-U.), 1985, chap. 29.

[Traduction]
Finalement, je devrais dire quelque chose à propos de ce que l'on entend par comprendre la nature et les conséquences de la procuration. Quel degré de compréhension est-il impliqué? Manifestement, on ne peut pas escompter que le mandant aurait dû être capable de passer avec succès un examen conforme aux dispositions de la Loi de 1985. À l'autre extrême, je ne pense pas qu'il serait suffisant qu'il réalise seulement que cela donnait à son cousin William le pouvoir de s'occuper de ses biens. L'avocat agissant à titre d'ami du Tribunal a résumé avec obligeance les questions que le mandant aurait dû comprendre afin qu'il puisse être dit avoir compris la nature et les conséquences de la procuration : premièrement, si tels sont les termes de la procuration, que le fondé de pouvoir sera capable d'exercer une autorité complète sur les affaires du mandant; deuxièmement, si tels sont les termes de la procuration, que le fondé de pouvoir sera en général capable de faire avec les biens du mandant tout ce que le mandant aurait pu faire; troisièmement, que le mandat se perpétuera si le mandant devait être ou devenir mentalement incapable; quatrièmement, que s'il devait être ou devenir mentalement incapable, la procuration sera irrévocable sans confirmation par le tribunal. Je ne désire pas prescrire une autre formulation en concurrence avec les notes explicatives prescrites par le Lord Chancellor, mais j'accepte le résumé de l'avocat agissant à titre d'ami du Tribunal comme une formulation des questions qui devraient ordinairement être expliquées au mandant, quel que soit le langage précis qui peut être utilisé, et que la preuve devrait montrer qu'il a comprises'[674].

La déviation par rapport à la loi du dix-neuvième siècle se situe principalement dans la compréhension de la procuration. La formulation du test, citée ci-dessus, rappelle les tests de capacité du dix-neuvième siècle, ce qui montre à nouveau combien peu la loi a peu changé[675].

Tel est le résumé du droit jurisprudentiel pertinent sur la détermination de la capacité. L'évolution qu'il y a eu, et l'évolution statutaire qu'il y a eu, doivent bien sûr être placées dans un contexte historique.

Peut-être les changements les plus visibles des cent dernières années pour ce qui nous touche sont-ils les développements survenus dans le traitement clinique et le changement de statut de la profession médicale en général, et des professions de la santé mentale en particulier. Il est facile d'oublier à quel point la médecine est une science récente. Avant ce siècle, l'effet que la médecine avait sur le taux de mortalité est discutable. En 1890, l'espérance de vie pour les hommes était de quarante-quatre ans, moins de dix ans supérieure à ce qu'elle était 250 ans plus tôt[676]. Les fléaux historiques antérieurs à 1900, y compris la typhoïde, la dysenterie,

[674] p. 363.

[675] Bien que le jugement ne soit pas techniquement contraignant, il serait très convaincant pour un tribunal canadien, et est probablement de la bonne loi dans ce pays. D'après cette hypothèse, il représente une formulation appropriée du test de la capacité à nommer un décideur subrogé dans ce pays.

[676] R. Porter *Disease, Medicine and Society in England, 1550-1860* (Cambridge: Cambridge University Press, 1987), p. 61. Porter cite Flinn, *The European Demographic System 1500-1820* (Brighton: Harvester Press, 1981) et Wrigley and Schofield, *The Population History of England, 1541-1871* (Londres: Edward Arnold, 1981) comme sources pour ces statistiques. On a affirmé que la majeure partie de ce changement

et le choléra, ne furent généralement pas vaincus par la médecine, mais disparurent plutôt de façon naturelle. Porter explique de façon persuasive que «[Traduction] ce n'est pas avant l'arrivée des antibiotiques dans les années 1940 que la médecine possèda le pouvoir de sauver sûrement les victimes de maladies infectieuses de la mort»[677]. Le développement de traitements efficaces fut en partie le résultat d'un savoir beaucoup plus sophistiqué sur les questions médicales. Les professionnels médicaux ont de plus en plus été perçus par la société comme les possesseurs d'une telle connaissance, connaissance que le reste de la société n'a pas. Il en a résulté un respect croissant pour le professionnel médical. L'exigence que certaines médications seraient disponibles seulement moyennant la prescription d'un médecin augmenta l'autorité des médecins.

Ces résultats ne sont nulle part plus clairs que dans le champ de la santé mentale. En 1883, Emil Kraepelin, travaillant à Munich, publia sa classification des désordres psychiatriques, une classification qui continue apparemment à être le fondement de la taxonomie utilisée aux États-Unis[678]. La catégorie appelée *dementia praecox*, quelque peu élargie plus tard sous le nom de schizophrénie, date de cette époque. Le système de classification a bien sûr été beaucoup développé depuis cette époque, et est devenu beaucoup plus détaillé. Le travail de Freud et de ses successeurs en psychologie a provoqué une petite révolution en lui-même. Le résultat de toute cette taxonomie fut un diagnostic beaucoup plus large de la maladie mentale.

De nouveaux traitements furent développés. Le sodium amytal fut employé pour le traitement de la névrose aiguë dans les années trente. Les traitements par thérapie électro-convulsive et choc insulinique devinrent répandus au milieu des années 1930 et au début des années 1940. Les premiers tranquillisants modernes furent introduits au début des années cinquante, et les premiers antidépresseurs furent introduits quelques années plus tard. Les médications neuroleptiques devinrent communes dans les années 1960 et 1970, suscitant l'espoir que la maladie mentale, comme la folie était maintenant appelée, pouvait être traitée.

Il y eut un changement correspondant dans la perception et le caractère des établissements pour les malades mentaux. En dépit des conceptions du traitement

---

propre : v. McKeown, *The Rise of Population* (Londres: Edward Arnold, 1976) cité par Porter à la page 62.

[677] Porter, *Disease, Medicine, and Society*, p. 62.

[678] W. Overholser «An Historical Sketch of Psychiatry» (1949) Rpt. Allen, Ferster and Rubin, *Readings in Law and Psychiatry* (Baltimore: Johns Hopkins Press, 1968) 3, p. 8.

se développant dans les asiles psychiatriques au dix-neuvième siècle, les asiles victoriens étaient perçus comme un moyen d'éloigner les gens de la société, comme une forme de contrôle social. Sauf quelques exceptions mineures, ce n'est pas avant 1930 que les établissements psychiatriques anglais purent accepter des malades en cure facultative[679]. Avant cette date, tous les malades étaient internés. Pendant tout le dix-neuvième siècle, par l'élaboration de procédures judiciaires et de processus administratifs, la loi avait pénétré dans l'asile psychiatrique afin de garantir des normes et de garantir que les personnes internées dans ces asiles étaient internées convenablement. Dès 1890, l'admission dans les asiles et les maisons de fous ne se faisait que sur ordre de justice.

Comme le vingtième siècle progressait, les perceptions commencèrent à changer. Les établissements de santé mentale furent perçus de plus en plus comme des établissements de santé, plutôt que simplement comme des lieux de détention. Leur fonctionnement fut intégré dans la Santé Nationale avec l'introduction de ce système juste après la deuxième guerre mondiale. Les conceptions de la Commission Percy, qui présenta son rapport en 1957, expriment les attitudes plus modernes qui se développaient envers les établissements psychiatriques :

> [Traduction]
> Le trouble mental est une forme de maladie, et son diagnostic comme ses soins et son traitement relèvent de la médecine et des conseils que peuvent donner un omnipraticien, un psychiatre, ou un médecin du service d'hygiène scolaire ou une autorité sanitaire locale. Autrefois, le traitement se donnait essentiellement en établissement, mais aujourd'hui, un grand nombre de malades et de déficients mentaux reçoivent une assistance médicale et sociale tout en vivant et en travaillant avec l'ensemble de la société. [...] Chaque année, les cliniques psychiatriques comptent plus de malades externes que de malades internés, sans compter le nombre encore plus grand de personnes atteintes de troubles bénins qui sont suivies par un omnipraticien. Autrefois, on considérait que le premier devoir de l'État en ce qui concerne les malades atteints de troubles mentaux consistait à les interner de force pour leur fournir des soins et des services de garde. Ce point de vue est aujourd'hui dépassé, car bon nombres de malades se prêtent à un traitement de leur plein gré. Néanmoins, l'idée de traitement demeure étroitement associée à l'internement dans la loi, et celle-ci ne rejette les soins en établissement qu'en l'absence de l'exercice du pouvoir d'internement pour certains types de malades. Ceci est une des raisons principales pour laquelle la loi doit être revue[680].

Jusqu'au milieu de notre siècle, le nombre de personnes internées est passé

---

[679] Voir *Mental Treatment Act*, 1930, 20/21 George V, ch. 23, art. 1. Cette loi contient également les premières références aux malades externes : voir art. 6(3)(a).

[680] Grande-Bretagne, Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, *Report*, par E.S. Campbell, Baron Percy of Newcastle (Londres : Queen's Printer, 1957), pp. 27 et s.

d'environ 100 000 à plus de 150 000[681]. Alors qu'en 1890, 29,26 personnes sur 10 000 habitants étaient officiellement considérées comme aliénées[682], 140 hommes sur 100 000 et 182 femmes sur 100 000 ont été placés en établissement en 1954 seulement[683]. Outre les 150 000 admissions, environ 122 000 personnes par année étaient malades externes à la même époque[684].

Comme le soulignait la Commission Percy, au milieu du vingtième siècle, la loi était de plus en plus perçue comme dépassée. C'est à la suite du rapport de cette commission que les premières modifications majeures à la loi de 1890 sont entrées en vigueur en 1959[685]. L'internement civil d'une personne ne requérait plus l'intervention des tribunaux. On instaurait plutôt un conseil de révision qui allait examiner les demandes d'internement présentées par les malades eux-mêmes. Le conseil de révision se composait de médecins et de profanes et ses décisions étaient sans appel. Cette procédure était pratiquement inchangée lorsque la loi fut révisée en 1983[686]. De même, une bonne partie du caractère hautement directif de la loi de 1890, qui limitait la contention et établissait les règles d'alimentation des malades, par exemple, fut abandonnée dans celle de 1959. Le but de la Commission Percy était en quelque sorte de faire éclater l'établissement en instaurant un régime plus souple ouvrant la porte aux soins en société. Pour les établissements, toutefois, le rôle de la loi était perçu comme beaucoup moins important que soixante-dix ans auparavant. Encore une fois, les modifications apportées à la loi en 1983 ont peu fait pour changer cette mentalité.

Ainsi, trois grands cadres législatifs ont eu cours en Angleterre au cours du présent siècle. Les trois lois les ayant instaurés abordent différemment les

---

[681] R. Porter, *A Social History of Madness*, p. 20. Voir aussi Grande-Bretagne, Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, *Report* par E.S. Campbell, Baron Percy of Newcastle (Londres : Queen's Printer, 1957), annexe 4.

[682] B. Hoggett, *Mental Health Law*, (2e édition), (Londres : Sweet and Maxwell, 1984), p. 6.

[683] Grande-Bretagne, Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, *Report* par E.S. Campbell, Baron Percy of Newcastle, (Londres : Queen's Printer, 1957), annexe 4, p. 310.

[684] Grande-Bretagne, Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, *Report* par E.S. Campbell, Baron Percy of Newcastle, (Londres : Queen's Printer, 1957), annexe 4, p. 312. Il s'agit du nombre de personnes ayant fait l'objet d'un diagnostic ou ayant commencé un traitement à titre externe en 1955.

[685] *Mental Health Act, 1959*, 7/8 Elizabeth II, ch. 72.

[686] Voir *Mental Health Act, 1983* (R.-U.), 1983, ch. 20.

questions intéressant la présente enquête.

Les dispositions les plus claires sont celles qui concernent la capacité à disposer de son patrimoine. La loi de 1890 réunissait dans un même texte les règles de la curatelle et les dispositions relatives aux asiles d'aliénés et aux maisons de fous. En vertu de cette loi, ce qui était nouveau était que le pouvoir des tribunaux s'étendait non seulement à la succession des personnes déclarées aliénées après enquête, mais aussi à celle de toute personne internée dans un asile d'aliénés et, en particulier, aux personnes incapable à gérer leurs affaires à cause de leur âge ou de la maladie. On maintenait en place une procédure simplifiée pour les personnes dont le patrimoine était réduit[687]. Le but de l'enquête était toujours de déterminer «[Traduction] si la personne ne jouit pas de toutes ses facultés mentales et est incapable de s'occuper de sa personne et de ses affaires»[688]. Malgré quelques modifications mineures, touchant en particulier les pouvoirs du curateur, apportées au début du vingtième siècle[689], les dispositions législatives étaient essentiellement les mêmes en 1959.

La loi de 1959 apporta de nombreux changements importants. Tout d'abord, elle abolit l'ancienne procédure de détermination de la démence par enquête. La nouvelle procédure est énoncée à l'article 101 :

> [Traduction]
> 101. Le juge peut exercer les fonctions qui lui sont attribuées en vertu de la présente partie de la loi lorsque, après avoir examiné la preuve médicale, il est convaincu qu'une personne est incapable, pour cause de trouble mental, de gérer et d'administrer ses biens et ses affaires, cette personne étant appelée *malade* dans la présente partie de la loi[690].

Le droit à un procès avec jury est aboli, et la nouvelle procédure prévoit une simple requête devant un juge. Le rôle donné à la preuve médicale est un signe de l'amélioration du statut des médecins au début du vingtième siècle. Il n'a d'ailleurs pas été contesté, car on avait déjà coutume depuis longtemps, dans les enquêtes, de faire appel à des médecins avant de rendre une décision. «Trouble mental» était également défini dans la loi :

---

[687] *Lunacy Act, 1890* (R.-U.), 53 Victoria, ch. 5, art. 116.

[688] Paragraphe 90(1).

[689] Voir *Lunacy Act, 1908* (R.-U.), 8 Edward VII, ch. 47; *Lunacy Act, 1922* (R.-U.), 12/13 George V, ch. 60.

[690] *Mental Health Act*, 1959 (R.-U.), 7/8 Elizabeth II, ch. 72, art. 101. La même formulation est reprise dans la révision de 1983; voir *Mental Health Act, 1983* (R.-U.), 1983, ch. 20, par. 94(2).

[Traduction]
4(1) Dans la présente loi, «trouble mental» s'entend d'une maladie mentale, d'un développement de l'esprit interrompu ou incomplet, d'un trouble psychopathique, et de tout autre trouble ou incapacité de l'esprit, et «personne souffrant de troubles mentaux» se construira de la même façon.

La loi de 1959 représente un tournant, pour deux raisons. D'abord, les personnes placées en établissement psychiatrique ne perdent plus d'office la direction de leur patrimoine, contrairement à ce qu'avait instauré la loi de 1890. La loi ne fait plus de différence entre la personne internée et la personne qui vit en société. Ensuite, la procédure d'enquête compliquée visant à déterminer la démence est abolie et remplacée par une simple procédure de requête devant un juge seul[691].

La loi de 1983, encore une fois, laisse essentiellement intacte la procédure et les critères judiciaires, quoique quelques points aient été supprimés du texte de loi pour plutôt être intégrés dans les règles de procédure des tribunaux. Par ailleurs, l'affaire peut maintenant être réglée par un protonotaire plutôt que par un juge de la Court of Protection.

On s'étonne devant la maigreur de la jurisprudence et de la doctrine portant sur l'interprétation de ces articles qui régissent la détermination de la capacité. On constate à quel point ces concepts sont sous-développés quand on voit que le guide de procédure de la Court of Protection n'aborde même pas la question[692].

En matière de tutelle personnelle, la seule procédure prévue dans la loi de 1890 était l'enquête de détermination de la démence. Cette procédure ayant été abolie en 1959, on la remplaça par une autre. Contrairement à l'ancienne, la nouvelle procédure n'était pas liée à la détermination de la capacité de disposer de son patrimoine. Elle reprenait plutôt les pouvoirs de curatelle de la loi de 1959 en vue d'assujettir dans une certaine mesure les personnes qui ne sont pas internées ou qui sortent d'un établissement psychiatrique.

Le principe de la loi de 1959 était simple. Les personnes souffrant de troubles mentaux et qui devaient être internées pour la préservation de leur santé,

---

691 En Ontario, la procédure a été simplifiée un peu plus tôt, par degré; voir plus loin l'analyse des lois de l'Ontario.

692 Heywood et Massey, *Court of Protection Practice*, (11e éd.), N.A. Whitehorn, (ed.), (Londres : Stevens and Sons, 1985).

pour leur propre sécurité ou pour la protection d'autrui devaient être internées pour observation dans un hôpital psychiatrique. Les personnes souffrant de troubles mentaux graves et qui devaient être internées pour la préservation de leur santé, pour leur propre sécurité ou pour la protection d'autrui devaient être internées pour traitement. Les personnes n'ayant pas besoin d'être internées pour la préservation de leur santé, pour leur sécurité ou pour la protection d'autrui ne devaient pas être placées en établissement, mais elles devaient avoir un tuteur si elles souffraient d'un trouble mental sérieux[693]. La désignation d'un tuteur annulait tout internement civil[694]. Sans que la loi ne précise clairement qu'une personne internée volontairement n'avait pas droit à un tuteur, l'ordonnance de tutelle ne visait pas ce but. Ainsi, l'application de cette disposition incombait à l'autorité sanitaire locale, qui pouvait se faire tutrice ou, si un tiers était désigné à ce titre, devait autoriser ce choix[695].

Pour la mise en oeuvre de ce principe, la loi subdivisait la notion de «trouble mental» en quatre catégories :

> [Traduction]
> 4(2) Dans la présente loi, «arriération mentale marquée» s'entend de l'état d'un esprit dont le développement est interrompu ou incomplet, ce qui comprend une intelligence subnormale, qui rend le malade incapable de vivre de façon autonome ou de se protéger contre une exploitation grave, ou qui l'en rendra incapable lorsqu'il sera en âge de le faire.
>
> (3) Dans la présente loi, «arriération mentale» s'entend de l'état d'un esprit dont le développement est interrompu ou incomplet (mais de façon moins prononcée que dans un cas d'arriération mentale marquée), ce qui comprend une intelligence subnormale, qui nécessite ou justifierait un traitement médical ou des soins spéciaux d'un autre ordre ou une formation pour le malade.
>
> (4) Dans la présente loi, «trouble psychopathique» s'entend d'un trouble ou d'une incapacité durable de l'esprit (ce qui peut comprendre ou non une intelligence subnormale) qui se traduit par un comportement anormalement agressif ou dangereusement irréfléchi de la part du malade, et qui nécessite ou justifierait un traitement médical[696].

La quatrième catégorie, «maladie mentale», n'était pas définie dans la loi.

À moins d'une accusation criminelle, les dispositions relatives à la tutelle

---

[693] *Mental Health Act, 1959* (R.-U.), 7/8 Elizabeth II, ch. 72, art. 25, 26, 33.

[694] *Mental Health Act, 1959* (R.-U.), 7/8 Elizabeth II, ch. 72, par. 34(6).

[695] Paragraphe 33(3).

[696] *Mental Health Act, 1959* (R.-U.), 7/8 Elizabeth II, ch. 72, par. 4(2) à 4(4).

s'appliquaient aux personnes souffrant de «maladie mentale» ou d'«arriération mentale grave», ainsi qu'aux personnes de moins de vingt et un ans souffrant d'arriération mentale ou d'un trouble psychopathique, lorsqu'il était «[Traduction] nécessaire pour le bien du malade ou pour la protection d'autrui que le malade soit» mis en tutelle[697]. L'ordonnance de tutelle conférait au tuteur «[Traduction] tous les pouvoirs qu'il pourrait exercer relativement au malade s'il en était le père et si le malade avant moins de quatorze ans[698].» Cela pouvait inclure virtuellement toutes les décisions personnelles, y compris celles relatives au lieu de résidence et aux choix de traitement[699].

La jurisprudence n'approfondit pas beaucoup ces dispositions. Conformément au paragraphe 4(5) de la loi de 1959, il a été arrêté qu'une attraction sexuelle envers les mineurs ne constitue pas en soi un trouble mental[700], et ne peut donc pas justifier la mise en tutelle du sujet. L'expression «maladie mentale» n'a jamais été clairement définie. La seule analyse jurisprudentielle de l'expression, dans *W. v. L.*, n'éclaircit pas vraiment la question :

> [Traduction]
> Ces mots sont des mots courants de la langue. Ils n'ont pas un sens particulier en médecine. Leur sens n'est pas défini par la loi. Comment la cour doit-elle les interpréter? Je réponds à cette question en citant l'avis que Lord Reid donnait récemment dans l'affaire *Cozens v. Brutus* [1973] A.C. 854, 861, à savoir que les mots ordinaires de la langue doivent avoir le sens qu'une personne sensée leur donnerait. Faisant mien ce principe, je me demande ce que dirait une personne ordinaire sensée au sujet de l'état du malade en l'espèce si on lui décrivait son comportement envers les chiens, le chat et sa femme. À mon avis, cette personne dirait : «On voit bien que ce type-là est un malade mental.» Si j'ai raison, bien que le cas puisse répondre à la définition de «trouble psychopathique» donnée au paragraphe 4(4), il répond aussi à celle de «maladie mentale»; à cela j'ajouterai un fait médical, à savoir que l'E.E.G. montre des signes d'un caractère clinique révélant une certaine anormalité du cerveau. C'est donc l'évaluation du cas faite par une personne ordinaire et sensée et la considération des signes médicaux qui m'amènent à considérer le cas comme une maladie mentale et à confirmer la décision du juge de la Cour de comté[701].

Hoggett parle de façon désobligeante, mais non sans justification, du principe «faut-

---

[697] Paragraphe 33(2).

[698] Paragraphe 34(1).

[699] Au sujet des présomptions de compétence fondées sur l'âge, voir plus loin. Il n'est pas certain que cette clause aurait aujourd'hui des effets aussi étendus que ceux que l'interprétation de l'époque lui donnait sans nul doute.

[700] *R. v. Mental Health Review Tribunal, ex parte Clatworthy*, [1985] 3 All E.R. 699 (Q.B.D.). Cet arrêt se fonde en fait sur le paragraphe 1(3) de la loi de 1983, qui est identique au paragraphe 4(5) de la loi de 1959.

[701] *W. v. L.*, [1974] 1 Q.B. 711 (C.A.), p. 719.

qu'il-soit-fou»[702]. Elle a tout à fait raison, cependant, de poursuivre en disant que cela ne nous aide pas à savoir quel seuil la maladie doit atteindre pour justifier une ordonnance de tutelle.

La loi de 1983 ne touche guère à ces dispositions. «Maladie mentale» reste sans définition. Les termes «arriération mentale marquée» et «arriération mentale» sont remplacés respectivement par «déficience mentale grave» et «déficience mentale», et l'on ajoute la nécessité d'une déficience prononcée du fonctionnement social à celle d'une déficience prononcée de l'intelligence. Il faut dans les deux cas que le trouble mental soit «associé à un comportement anormalement agressif ou dangereusement irréfléchi de la part de la personne en cause[703]», ce qui fait probablement suite aux revendications des défenseurs des personnes considérées comme souffrant de troubles mentaux pour qu'on rehausse leur état et suive leurs critères[704]. Il reste donc un vide juridique quant à la possibilité de mettre en tutelle des personnes qui ont besoin d'assistance sans être violentes.

La loi de 1983 restreint en outre les pouvoirs du tuteur. À l'autorité quasi parentale dont jouissait auparavant le tuteur, on substitue trois grands pouvoirs : imposer un lieu de résidence à la personne, obliger la personne à se présenter à des lieux et à des moments précis pour suivre un traitement médical, une formation professionnelle ou autre ou un enseignement général, et obliger la personne à rencontrer les travailleurs sociaux et certains professionnels de la médecine sur demande[705]. On peut toutefois défendre que le tuteur n'est pas habilité à autoriser un traitement au nom du malade contre le gré de ce dernier[706].

En ce qui concerne le traitement même, la loi avant 1983 ne traitait pas de la question du consentement. Il semble qu'il était entendu que tout malade entrant à l'hôpital allait être traité. Cette présomption est particulièrement forte au sujet des personnes admises en vertu de l'article 26 de la loi de 1959, selon laquelle les personnes souffrant de troubles graves pouvaient être admises spécifiquement à des fins de traitement. En comparaison, les personnes souffrant de troubles moins

---

[702] B. Hoggett, *Mental Health Law*, (2e éd.), (Londres : Sweet and Maxwell, 1984), page 46.

[703] *Mental Health Act, 1983* (R.-U.), 1983, ch. 20, par. 1(2).

[704] Voir Hoggett, p. 53.

[705] Voir Hoggett, p. 303.

[706] Voir Hoggett, p. 303.

graves admises en vertu de l'article 25 n'étaient internées que pour observation. On peut présumer que les personnes admises en vertu de l'article 25 ne perdaient pas leur droit de consentement au traitement. Cette particularité semble toutefois n'avoir jamais été soulevée, et aucun cas de jurisprudence n'éclaircit cet aspect de la loi.

En vertu de la loi de 1983, le malade interné dans un établissement psychiatrique n'a pas le droit de refuser un traitement psychiatrique si ce traitement est prescrit par son médecin[707]. Cette règle souffre deux exceptions. Certains traitements, notamment l'électroconvulsivothérapie, ne peuvent être administrés qu'avec le consentement du malade ou avec une attestation d'un autre médecin selon laquelle «[Traduction] le traitement doit être donné, vu la probabilité qu'il soulage le malade ou empêche son état de s'aggraver[708]». La psychochirurgie nécessite à la fois le consentement du malade et l'avis d'un second médecin[709]. On peut présumer que les personnes non internées ont les mêmes droits de consentement au traitement que toute autre personne. Aucun cas de jurisprudence ne peut toutefois nous aider à déterminer quel degré de capacité est nécessaire pour avoir un droit de consentement.

Pour ce qui est de la capacité de désigner un mandataire, nous avons déjà fait état de l'affaire *Re K, Re F*. Il ne semble exister aucune autre jurisprudence utile sur ce problème. De même, il n'existe aucune jurisprudence précise sur la question du droit de divulguer un dossier clinique.

Mis à part les questions entourant les procurations durables, le droit anglais du vingtième siècle n'est pas très utile pour l'interprétation du droit ontarien. La notion de tutelle a été modifiée en Angleterre pour constituer une forme atténuée d'internement. Le problème du consentement avant traitement a été en grande partie esquivé pour les personnes tombant sous le coup de la *Mental Health Act*. Si la loi anglaise définit quatre degrés de trouble mental pouvant servir de grille dans la présente enquête, elle ne répond pas directement à notre question. Ces définitions sont conçues en partie comme critères de décision pour l'internement, et elles trahissent l'absence d'une exigence de consentement en matière de traitement, ainsi qu'une conception différente de la tutelle.

---

[707] *Mental Health Act, 1983* (R.-U.), 1983, ch. 20, art. 63.

[708] Paragraphe 58(3).

[709] Article 57.

Âge, présomptions et capacité

L'âge peut mettre en cause la capacité juridique d'une personne aux deux extrêmes : la personne âgée peut être réputée incapable en raison de son âge, et l'enfant peut être réputé incapable en raison de son âge.

Comme nous l'avons vu précédemment, le rôle des enquêtes visant à déterminer la démence d'une personne s'est élargi au début du dix-neuvième siècle pour inclure les cas de personnes qui, sans être démentes au sens strict de l'époque, étaient devenues incapables de gérer leurs affaires[710]. En 1818, cependant, il fut établi qu'un âge avancé en soi *ne* donnait *pas* lieu à une présomption d'incapacité[711]. Ce principe demeure vrai aujourd'hui.

La *National Assistance Act, 1948*[712] prévoit pour sa part un régime apparenté à la curatelle, et les personnes se prévalant de cette loi sont apparemment presque toutes âgées. On répond favorablement à une demande présentée en vertu de la loi s'il est démontré : 1) que la personne souffre d'une maladie chronique grave ou vit dans des conditions insalubres à cause de son âge avancé, d'une infirmité ou d'une invalidité physique, 2) que la personne est incapable de prendre soin d'elle-même et ne reçoit pas des autres personnes les soins et l'attention dont elle a besoin, et 3) qu'il est nécessaire que la personne quitte son foyer, soit pour son bien, soit pour éliminer un risque pour la santé d'autrui ou un fardeau excessif pour autrui[713].

On ne sait pas bien dans quelle mesure cette loi est utilisée. On connaît mal aussi les effets d'une ordonnance découlant de cette loi. Il est certain que la loi permet qu'on oblige la personne à quitter son foyer pour obtenir «les soins et l'attention nécessaires»; on ne sait toutefois pas très bien dans quelle mesure cela respecte les droits civiques de la personne. Il est théoriquement possible, par exemple, qu'une personne soit emmenée à l'hôpital mais refuse de se faire soigner. Ce problème ne semble pas résolu dans la loi. Comme dans la *Mental Health Act*, il semble que le législateur considérait que le problème se limitait à emmener la personne à l'hôpital ou dans un autre établissement. À cause de ces limites

[710] Voir *Ex parte Cramner* (1806), 12 Ves Jun. 445; *Ridgeway v. Darwin* (1802), 8 Ves. Jun. 65.

[711] *Kinleside v. Harrison* (1818), 161 E.R. 1196.

[712] *National Assistance Act, 1948* (R.-U.), 11/12 George VI, ch. 29.

[713] Article 47.

conceptuelles, la loi est d'une faible utilité dans la présente enquête pour clarifier la nature de la capacité.

La jurisprudence est plus loquace au sujet de la capacité des personnes mineures, bien qu'encore une fois, la transposition des principes qu'on y trouve aux questions à l'étude ici ne se fasse pas sans problème. La jurisprudence anglaise s'intéresse plus au droit à l'émancipation du mineur qu'à l'évaluation de sa capacité. La cause classique du dix-neuvième siècle sur cette question est l'affaire *In re Agar-Ellis; Agar-Ellis v. Lascelles*[714]. Il s'agissait d'un litige entre un père protestant et sa femme catholique, qui étaient séparés, au sujet du droit de visite concernant leur fille de seize ans. La fille avait été confiée à la garde du père, et celui-ci voulait limiter les contacts entre elle et sa femme. Le tribunal arrêta ce qui suit :

> [Traduction]
> Je ne puis me rendre à cet argument. Il me semble directement contraire au droit d'Angleterre, selon lequel le père a autorité sur la personne, l'éducation et la conduite de ses enfants jusqu'à ce que ceux-ci atteignent l'âge de vingt et un ans. C'est ce que dit le droit[715].

Le tribunal précise qu'ayant atteint l'âge du consentement, arbitrairement fixé étant donné le lieu de domicile à quatorze ans pour les garçons et à seize ans pour les filles, un enfant émancipé de l'autorité parentale ne peut plus y être assujetti par ordonnance judiciaire, mais qu'une personne, comme la jeune fille en l'espèce, qui est déjà assujettie à l'autorité parentale, «[Traduction] peut s'objecter ou se soumettre, mais ne peut pas donner son consentement[716].»

Cette affaire reflète évidemment la vision qu'on avait de la vie familiale en Angleterre à cette époque. On lit dans la même décision : «[Traduction] Les droits du père sont des droits sacrés parce que ses devoirs sont des devoirs sacrés[717]», et : «le tribunal doit se garder d'intervenir dans l'ordre naturel et dans le cours de la vie familiale, qui est fondée sur l'autorité du père[718].»

---

[714] *Re Agar-Ellis; Agar-Ellis v. Lascelles* (1883), 24 Ch. D. 317 (C.A.)

[715] Page 326.

[716] Ibid.

[717] Ibid., p. 329.

[718] Ibid., p. 335.

Cette ligne de pensée a été remise en question en 1969, dans l'affaire *Hewer v. Bryant*[719]. Le juge Denning, maître des rôles, dans son style particulier, a exprimé l'avis de la majorité en désavouant *Agar-Ellis* en ces termes :

> [Traduction]
> Il serait temps de reléguer aux oubliettes la règle d'*Agar-Ellis* et les exceptions qu'on y propose. Cette affaire a été jugée en 1883. La décision est typique de l'attitude d'un père victorien envers ses enfants, qui exigeait une entière soumission à ses ordres. Si son fils lui désobéissait, il le déshéritait. Si sa fille avait un enfant illégitime, il la mettait à la porte. Son autorité ne s'éteignait qu'au vingt et unième anniversaire de son enfant. Je refuse d'entériner une vision si dépassée. La common law peut, et doit, suivre son époque. Elle doit faire sien le principe énoncé dans le récent rapport du Committee on the Age of Majority, à savoir que le droit légal d'un parent à la garde de son enfant expire le jour du dix-huitième anniversaire de naissance de ce dernier, et que même avant ce jour, c'est un droit qui perd graduellement de la force et que les tribunaux hésiteront à imposer à un enfant contre son gré, d'autant plus qu'il est à un âge avancé. C'est un droit qui s'exerce au début par une autorité absolue et à la fin par à peine plus qu'un conseil[720].

Cette affaire portait elle aussi sur le problème de la garde. Il s'agissait de savoir si un enfant avait le droit d'intenter des poursuites relativement à des blessures subies dans un accident de véhicules automobiles. Le tribunal a jugé que l'enfant était émancipé depuis l'âge de quinze ans et pouvait par conséquent ester en justice de son propre chef au moment du jugement.

L'affaire *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*[721] se rapproche davantage du noeud du problème, sans toutefois encore éclaircir toute la question. Il s'agissait de la prescription de pilules contraceptives à une femme de quinze ans. La vive controverse suscitée par ce sujet permet de douter du caractère définitif de la décision, et le fait que les cinq juges appelés à se prononcer aient chacun rédigé leurs propres motifs ne simplifie rien, mais les commentaires du tribunal appuient l'idée que la capacité ne s'acquiert pas à un âge fixe.

Lord Fraser of Tullybelton n'a trouvé aucune disposition légale interdisant à une personne de moins de seize ans de se faire conseiller, examiner et suivre dans le but d'utiliser des moyens contraceptifs «[Traduction] pourvu qu'elle puisse bien comprendre ce que ces démarches impliquent[722]». Il poursuit en ces termes :

---

[719] *Hewer v. Bryant* [1970] 1 Q.B. 357 (C.A.)

[720] Page 369.

[721] *Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another* [1985] 3 All E.R. 402 (H.L.).

[722] Pages 409 et s.

[Traduction]
Ce serait à mon point de vue nier l'expérience ordinaire de l'humanité, du moins dans l'Europe occidentale de notre siècle, que de dire qu'un enfant ou une jeune personne demeure sous l'autorité absolue de ses parents jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de la majorité, aujourd'hui fixé à 18 ans au Royaume-Uni, et qu'il est émancipé tout d'un coup à cet âge. Dans la pratique, la plupart des parents éclairés relâchent leur autorité peu à peu à mesure que l'enfant grandit et l'encouragent à devenir de plus en plus autonome. De plus, le degré d'autorité qu'exerce réellement un parent sur un enfant varie considérablement en pratique selon l'entendement et l'intelligence de ce dernier, et il serait à mon avis irréaliste pour les tribunaux de ne pas tenir compte de cette réalité. Les usages sociaux évoluent, et le droit se doit de considérer cette évolution lorsqu'elle est d'importance majeure[723].

Le juge cite ensuite l'extrait de la décision de lord Denning présenté plus haut pour l'approuver. Il précise ensuite que la question de la participation des parents est liée à l'intérêt de l'enfant. Normalement, il serait approprié de discuter de la question avec les parents. Néanmoins, les parents n'ont pas de droit de veto.

Lord Scarman a indiqué que le problème en cause se pose lorsque le parent perd le droit de consentir à un traitement médical pour son enfant. Selon lui :

[Traduction]
Le principe fondamental de droit a été exposé par Blackstone et n'a apparemment jamais été désavoué par la jurisprudence. Il dit que le droit du parent fait place au droit qu'a l'enfant de prendre ses décisions lui-même lorsque ce dernier a l'entendement et l'intelligence nécessaires pour pouvoir se faire une opinion sur le problème en question.

* * *

À la lumière de ce qui précède, je dirais qu'en droit, le droit qu'a le parent de décider si son enfant de moins de seize ans subira ou non un traitement médical s'arrête lorsque l'enfant développe une intelligence et un entendement suffisants pour lui permettre de comprendre parfaitement la situation. Quant à savoir si l'enfant qui prend conseil comprend assez bien le problème en cause pour donner un consentement valide en droit, cela constitue une question de fait[724].

Lord Bridge of Harwich, quoique s'appuyant sur d'autres raisons, approuvait les motifs de lord Scarman et lord Fraser. Lord Brandon s'appuya aussi sur d'autres raisons, considérant qu'en permettant à une femme de moins de seize ans de prendre des moyens contraceptifs, on tolérait l'activité sexuelle chez cette femme, et que cette tolérance était contraire à l'ordre public.

La décision de lord Templeman porte elle aussi davantage sur la contraception que sur la capacité juridique, mais elle propose tout de même une

[723] Pages 410 et s.

[724] Pages 421 et ss.

certaine façon d'aborder cette dernière question. Selon lui, le parent qui a la garde d'un enfant a autorité sur les questions pour lesquelles l'enfant n'a pas la capacité de décider. Il poursuit ainsi :

> [Traduction]
> Je conçois aussi qu'un médecin puisse soumettre légitimement un malade mineur à une forme de traitement quelconque avec son consentement et malgré l'opposition d'un parent fondée sur des motifs religieux ou autres. La validité du consentement du mineur dépend de la nature du traitement et de l'âge et de l'entendement du mineur. Par exemple, un médecin ayant le consentement d'un garçon intelligent ou d'une fille intelligente peut, à mon avis, lui enlever les amygdales ou l'appendice sans problème. Mais une fille qui décide d'avoir des relations sexuelles et de prendre des moyens contraceptifs doit non seulement connaître les choses de la vie et les risques de grossesse et de maladie, mais également comprendre les conséquences émotives et autres de ses actes sur sa famille, sur son ami et sur elle-même. Je doute qu'une fille de moins de seize ans soit dotée d'un jugement assez équilibré pour avoir des relations sexuelles fréquentes, régulières ou occasionnelles confortée par l'illusion que la science médicale peut protéger son corps et son esprit et ignorant les dangers que représente un bond de l'enfance à l'âge adulte sans la dure transition formatrice que constitue l'adolescence. Une fille de moins de seize ans a besoin de vivre beaucoup de choses, mais l'expérience sexuelle n'en est pas une[725].

Si Sa Seigneurie ne partage pas l'opinion de la majorité, elle semble tout de même être elle aussi d'accord avec l'idée que l'âge auquel une personne peut donner son consentement à un traitement médical n'est pas fixe et dépend des facultés de cette personne. Sa dissidence découle du fait qu'elle ne croit pas qu'une fille de quinze ans puisse jamais avoir la capacité nécessaire pour décider d'avoir des relations sexuelles.

Gillick est l'arrêt de principe dans la tradition anglaise en ce qui concerne l'âge et la capacité. Les quatres juges qui se sont exprimés étaient d'accord pour dire qu'il n'y avait plus d'âge fixe pour la capacité. On peut considérer ce principe comme exprimant le droit d'Angleterre concernant le consentement à un traitement et comme reflétant l'état actuel du droit commun en Ontario.

[725] Page 432.

IV. ÉVOLUTION HISTORIQUE AUX ÉTATS-UNIS

Testaments et contrats

Les États-Unis ont hérité de la loi anglaise qui régissait le domaine de la folie jusqu'à la moitié du dix-huitième siècle. Au moment de la révolution, les pouvoirs du Grand Chancelier, y compris les pouvoirs d'enquête sur la folie, ont été transmis aux tribunaux d'état de la chancellerie. Le droit des contrats et le droit successoral étaient subsumés principalement sous la compétence des gouvernements d'état, plutôt qu'au gouvernement fédéral, par conséquent les tribunaux d'état ont hérité de la common law pratiquée alors dans les tribunaux anglais.

En raison de cette situation, il est difficile d'exposer les grandes lignes du droit américain dans ces domaines. Cinquante états et le District of Columbia étudient présentement ces questions. La législation afférente à ces questions s'est développée dans des cadres variés dans les différentes compétences, et les tribunaux d'état ne s'entendent pas sur les principes de common law qui doivent s'appliquer. Les différences entre les constitutions des états ont influé sur la forme et le fond de l'ingérence permise de l'État dans le domaine des droits de la personne. Tous les états ne reconnaissent pas, par exemple, la nécessité du procès avec jury, dans le cas d'une enquête en matière de folie, en vertu de dispositions différentes de leur constitution[726]. Dans certains états, la preuve de l'incapacité doit être fondée sur la norme de preuve au criminel[727], alors que dans d'autres, une norme élevée de preuve «claire et convaincante» au civil constitue un facteur déterminant[728]. Par conséquent, le droit n'est pas uniforme à cet égard, ce qui rend difficile de faire un exposé détaillé sur la question. Quoi qu'il en soit, en tenant compte du présent avertissement, il est possible d'exposer les principes généraux du droit américain en matière de compétence civile.

Les tribunaux américains ont eu tendance à adopter le droit anglais tel qu'il existait à la période de la révolution. Une personne était présumée être saine d'esprit et mentalement capable, sauf s'il y avait une preuve contraire. La preuve qu'une personne était frappée d'incapacité n'avait pas pour effet de rendre un acte

---

[726] Comparer *In Re Moynihan*, 62 S.W. 2d 410 (1933, S.C. Mo.) avec *Revlett v. Revlett*, 118 S.W. 2d 150 (1938, Ky. C.A.).

[727] Voir, à titre d'exemple, *Denton v. Commonwealth of Kentucky*, 383 S.W. 2d 681 (Ky., 1964).

[728] Voir, à titre d'exemple, *Micco v. Replogle*, 53 P. (2d) 1093 (Okla., 1935); *Laymon v. Bennett*, 61 N.E. 2d 624 (Ohio, 1944); *In Re Boyer*, 636 P. 2d 1085 (Utah, 1981).

notarié ou un contrat nuls, si le document avait été signé dans un moment de lucidité, sauf si une enquête effectuée avant la signature du document révélait que la personne était frappée de folie. Au début du dix-neuvième siècle, il n'était pas nécessaire de démontrer la «folie» et l'«idiotie», dans leur sens juridique strict, et l'incapacité pouvait être fondée sur la faiblesse, la maladie physique, l'âge avancé ou autres raisons. Le droit américain ne connaît pas la même incertitude que le droit anglais à l'égard du «délire partiel», soit la notion d'un esprit sain dans certains aspects mais non dans d'autres, qui fut enfin éliminée dans l'affaire *Banks v. Goodfellow*, précitée. En effet, la notion de délire partiel a toujours été reconnue par les tribunaux américains[729].

Le droit américain s'est développé moins rapidement que le droit anglais, pendant le début du dix-neuvième siècle. En outre, l'évolution du droit anglais dans le domaine de l'établissement de la capacité était, à toute fin pratique, terminée à la fin du dix-neuvième siècle. Il existe peu de jurisprudence anglaise moderne à cet égard et, celle qui existe n'est ni pertinente ni très importante. La jurisprudence américaine en matière de capacité de tester et de contracter était également fondée sur les principes du dix-neuvième siècle. Contrairement à la situation en Angleterre, les litiges sur ces questions se sont poursuivis aux États-Unis pendant le vingtième siècle, bien que les affaires les plus déterminantes soient moins fréquentes après la Seconde guerre mondiale. Le cadre historique est, par conséquent, différent dans les deux pays. Alors que le droit anglais en matière d'établissement de la capacité s'est développé dans un contexte social caractérisé par une nouvelle prise de conscience collective et une sensibilisation de la société et précédant la renonciation du domaine de la santé mentale en faveur de la médecine, le droit américain a évolué dans un climat politique libéral à cet égard, en raison du contrôle de plus en plus grand de la médecine dans le domaine de la santé générale, surtout dans le domaine de la santé mentale et de la psychiatrie.

Le droit américain s'est écarté des principes établis par le droit anglais sur de nombreuses questions importantes. Comme nous l'avons vu, la jurisprudence anglaise du dix-neuvième siècle portait essentiellement sur le délire comme marque de folie. L'effet des principes de John Locke sur les tribunaux anglais a fait l'objet de commentaires. Que ce soit un accident historique ou un choix philosophique, la jurisprudence américaine déterminante de la première moitié du dix-neuvième siècle ne traitait pas principalement de personnes souffrant de délire. Les affaires importantes visaient plutôt, dans l'ensemble, des personnes dont la

[729] Voir, à titre d'exemple, *Hall v. Unger*, 4 Sawyer 672 (1867, Circ. Ct. Cal.) et *Manley v. Staples*, 19 A. 893.

capacité était mise en cause en raison de maladie physique grave, de vieillesse ou de déficience mentale. Par conséquent, alors que les tribunaux anglais ont élaboré une doctrine complexe en matière de délire, la jurisprudence américaine s'est développée en faveur des personnes dont les capacités étaient limitées.

Les doctrines américaines concernant la validité des testaments démontrent les caractéristiques communes au droit des deux pays, ainsi que leurs différences. Dans la décision de l'affaire *Harrison v. Rowan*, rendue en 1820, la capacité de tester est définie comme suit :

> [Traduction]
> Quant à la capacité du testateur. Il doit, au sens juridique, avoir un esprit sain et une mémoire saine. Autrement dit, il doit être capable de faire son testament en comprenant ce qu'il fait; il doit se souvenir des biens dont il veut disposer, des personnes qui font l'objet de sa libéralité et des modalités de distribution entre ces personnes. Il n'est pas nécessaire qu'il juge son testament comme le ferait un avocat et qu'il comprenne l'aspect juridique des clauses. Il suffit que son esprit et sa mémoire lui permettent de comprendre les éléments qui le composent - la disposition de ses biens dans sa forme simple. Le testateur doit faire part de son intention et le notaire doit l'exprimer dans un langage juridique[730].

Deux ans plus tard, le même juge a fait le commentaire suivant:

> [Traduction]
> Il [le testateur] doit, au sens juridique, avoir un esprit sain et une mémoire saine. Il doit avoir de la mémoire. Un homme dont la faculté à cet égard est totalement disparue ne peut pas être réputé avoir un certain niveau d'intelligence, pour aucune fin. Mais, sa mémoire peut être imparfaite; elle peut être gravement affaiblie par l'âge ou la maladie ... La question n'est pas tant de connaître la capacité de la mémoire du testateur, que de savoir si sa mémoire était *saine*. Était-il capable de se souvenir des biens qu'il s'apprêtait à léguer et des modalités de distribution de ces legs? Pouvait-il résumer l'ensemble du document dans un langage très simple et intelligent? Son esprit et sa mémoire étaient-ils assez sains pour lui permettre de connaître et de comprendre ce qu'il faisait, quand il a signé le testament[731]?

D'autre part, ces commentaires n'ont rien d'exceptionnels. Ils rappellent la jurisprudence anglaise du dix-neuvième siècle en matière d'idiotie, dont il est question ailleurs, notamment les affaires *Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne*[732] et *Kinleside v. Harrison*[733]. Ce qui est exceptionnel est que ce critère était appliqué,

---

730 *Harrison v. Rowan*, 3 Wash. 580 (N.J., 1820).

731 *Stevens v. Vancleve*, 4 Wash. 262 (N.J., 1822). Italiques dans l'original.

732 (1852), 2 Rob. Ecc. 472.

733 (1818), 161 E.R. 1196.

aux États-Unis, à des personnes folles frappées de délire, dès la moitié du dix-neuvième siècle[734]. Il aurait été fort invraisemblable que cette méthode soit utilisée en Angleterre, à cette époque.

Le fait que l'établissement de l'incapacité n'ait pas été porté sur le délire explique les différentes méthodes adoptées à l'égard de l'exécution de contrats signés par des personnes frappées d'incapacité mais non placées sous curatelle. Sous réserve de différentes exceptions, qui ne sont pas intéressantes pour le présent exposé, la règle du droit anglais était, et est, que les contrats conclus par ces personnes sont exécutoires, sauf si l'autre partie était effectivement consciente de l'incapacité ou aurait raisonnablement dû l'être[735]. Le droit américain a élaboré deux critères : les contrats conclus par une personne frappée d'incapacité étaient habituellement nuls[736] et le fait que l'autre partie savait que la personne était frappée d'incapacité n'était pas normalement une exigence pour libérer la personne de l'exécution du contrat. Les contrats conclus par des personnes frappées d'incapacité marginale n'étaient pas nuls, mais annulables. Une personne frappée d'incapacité marginale peut être libérée de l'exécution du contrat à la seule condition qu'elle ait fait l'objet d'un abus d'influence[737]. La double norme a été introduite dans la loi sur les testaments, en 1889[738].

---

[734] Voir, à titre d'exemple, *Turner v. Hand*, 3 Wallace Jr. 88 (Penn., 1855).

[735] Voir, à titre d'exemple, *Browne v. Jodrell* (1827) 1 Mood. & M. 105, *Howard v. Digby* (1834), 2 Cl. & Fin. 643, et *Baxter and Other v. Earl of Portsmouth* (1826), 5 B. & C. 170, *The Imperial Loan Co. Ltd v. Stone*, [1892], 1 Q.B. 599, *York Glass Co. Ltd. v. Jubb* (1925), 134 L.T. 36. L'exception principale à la règle citée porte sur les «contrats d'achat d'objets de première nécessité», une exception qui se retrouve également dans la jurisprudence américaine.

[736] Voir, à titre d'exemple, *Hosler v. Beard*, 42 N.E. 1040 (Ohio, 1896); *Fleming v. Consolidated Sales Co.*, 240 P. 376 (Montana, 1925) et la jurisprudence citée ces affaires.

[737] Voir, à titre d'exemple, *Tate v. Murphy*, 217 P. 2d 177 (Okla., 1949); *Hanks v. McNeil Coal Corporation*, 168 P. 2d 256 (Col., 1946); *Pass v. Stephens*, 198 P. 712 (Ariz., 1921); *Walton v. Malcolm* 106 N.E. 211 (Ill., 1914); *Kilgore v. Cross and Diver*, 1 McCrary 144, (Ark., 1880); *Allore v. Jewell*, 94 U.S. 506 (Mich., 1876); *Conner v. Stanley*, 14 P. 306 (Cal., 1887); *Campbell v. Campbell*, 2 N.W. 540 (Iowa, 1879) et la jurisprudence citée dans ces affaires.

[738] Voir *Reichenbach v. Ruddach*, 18 A. 432 (Penn., 1889).

Par conséquent, seuls les contrats signés par des personnes dont les capacités étaient minimales étaient nuls *ab initio*. La raison de cette méthode est expliquée dans l'affaire *Blanchard v. Nestle*[739].

> [Traduction]
> Il n'existe aucun niveau d'intelligence, entre le niveau le plus élevé et le moins élevé, qui puisse frapper le testateur d'incapacité, quand il n'y a pas de dol. Selon les propos du sénateur Verplank, «pour établir un critère d'intelligence ou de connaissance supérieur à la possession du niveau le plus bas de raison, comme étant en soi essentiel à la capacité juridique, aurait pour effet de créer une incertitude, des problèmes et des litiges sans fin, de compromettre la sécurité des biens et de priver les personnes âgées et invalides du contrôle de leurs revenus et de leurs économies, qui constitue souvent la meilleure protection contre les préjudices et la négligence. Si l'ancien critère de la common law en matière de capacité était éliminé, les preuves de spéculations insensées, d'exagérations ou d'opinions bizarres, de manque de mémoire ou de préjugés en raison de l'âge avancée pourraient être suffisantes pour compromettre l'acte de cession le plus juste ou empêcher l'exécution du testament le plus équitable. Par conséquent, la loi a choisi de fixer la norme de capacité juridique positive d'après une norme peu élevée de capacité, qui est toutefois claire et précise, et, par conséquent, sensée et sûre. Elle juge (selon les termes du plus récent ouvrage sur le sujet) que «les esprits faibles ne se distinguent des esprits forts que par le niveau et la puissance de leurs facultés; mais, sauf s'ils font preuve d'une perte totale d'intelligence ou d'idiotie ou de délire, ils ne peuvent pas être traités comme ne étant frappés d'aliénation mentale.»

Quant aux caractéristiques de la norme, et encore une fois d'après l'affaire *Blanchard*, le tribunal décrit, dans l'affaire *Fleming*, la norme appropriée comme «[Traduction] une volonté complète de comprendre»[740]. Il n'est pas nécessaire que cette volonté s'étende à tous les aspects de l'intelligence de la personne, mais simplement que «[Traduction] le degré de déficience mentale dont elle est frappée la rende incapable de comprendre la nature de la transaction en question»[741]. Une formulation standard de ce niveau d'intelligence se trouve dans l'extrait suivant de *Buuck v. Kruckeberg*[742] :

> [Traduction]
> Le critère de la capacité mentale de signer un acte notarié est que le cédant devra avoir assez d'esprit et de mémoire pour comprendre la nature et la portée de ce qu'il fait et pour exercer sa volonté à cet égard.

---

[739] 3 Denio 37; citée dans *Fleming v. Consolidated Motor Sales Co.*, 240 P. 376, pp. 382 et s. La date précise de l'affaire *Blanchard* n'est pas mentionnée dans l'affaire *Fleming*.

[740] *Fleming*, p. 383.

[741] Ibid, p. 383. Une formulation semblable se trouve dans *Ellwood v. O'Brien*, 74 N.W. 740 (Iowa, 1898) et dans *Tate v. Murphy*, 217 P. 2d 177 (Okla., 1949).

[742] *Buuck v. Kruckeberg*, 95 N.E. 304 (Indiana, 1950) p. 306).

D'autres affaires adoptent de façon explicite une norme moins stricte que l'affaire *Buuck*. Dans l'affaire *Blochowitz v. Blochowitz*, par exemple, il est question d'une personne dont l'esprit est «[Traduction] tellement faible et déséquilibré, au moment de la signature de l'acte notarié, qu'il ne pouvait pas comprendre la signification et l'effet de ce qu'il faisait»[743]. Dans une autre affaire, l'on parle de la capacité «[Traduction] de comprendre et d'apprécier la portée et l'effet des opérations commerciales»[744]. Dans *In Re Nelson's Estate*[745], une vieille dame de quatre-vingt huit ans a été déclaré capable de céder ses biens, parce qu'elle avait géré ses finances, signé différents chèques et tenu ses affaires, par le passé. La pertinence de la preuve médicale d'incapacité a été jugée limitée, du fait qu'elle se référait à la capacité de la dame de prendre soin de sa personne, non pas de sa succession. Le tribunal n'a pas accordé beaucoup d'attention aux questions étudiées dans l'affaire *Buuck*, parce que la dame avait effectivement assuré la tenue de ses affaires.

La jurisprudence est divisée sur la question de la norme de capacité en matière de testaments par rapport à la norme en matière de contrats. Dans certains cas, l'on juge que la norme devrait être la même pour les testaments ou les contrats[746], alors que dans d'autres, l'on soutient que la norme de capacité devrait être inférieure en matière de testaments qu'en matière de contrats[747]. Quoi qu'il en soit, les critères de la capacité de tester sont formulés de manière remarquablement semblable aux critères de la capacité de contracter. Selon le critère standard de capacité de contracter, le testateur doit avoir un «esprit sain», ce qui signifie habituellement qu'il doit avoir la capacité de se souvenir, sans aide, du nombre et de l'état de ses biens et de comprendre la manière dont l'on en disposera, en faveur de qui et pour quels motifs[748].

---

[743] *Blochowitz v. Blochowitz*, 240 N.W. 586 (Neb., 1932) p. 590).

[744] *Hanks v. McNeil Coal Corporation*, 168 P. 2d 256 (Colo., 1956), p. 560.

[745] 185 S.W. 2d 890 (Missouri, 1945). Voir également l'affaire *Tate v. Murphy*, 217 P. 177 (Okla., 1949), qui traite d'une situation semblable.

[746] *Hall v. Hunger*, 4 Sawyer des pp 672 à 679 (Cal., 1867); *Hanks v. McNeil Coal Corporation*, 168 P. 2d 256 (Colo., 1946).

[747] Voir *Stevens v. Vancleve*, 4 Wash. 262 (N.J., 1822); *In Re Good's Estate*, 274 S.W. 2d 900 (Texas, 1955).

[748] Voir *In Re Alexieff's Will*, 94 N.Y.S. 2d 32 (1949); *Ebrite v. Brookhyser*, 244 S.W. 2d 625 (Ark., 1951) p. 627; *Doyle v. Rody*, 25 A. 2d 457 (Maryland, 1942) p. 459; *In the Matter of the Estate of Roosa*, 753 P. 2d 1028 (Wyo., 1988). La jurisprudence n'indique que des modifications mineures depuis les affaires

Les critères cités ne semblent pas, à première vue, dicter une limite de capacité inférieure en vertu du droit américain qu'en vertu du droit anglais ou canadien. La formulation de la norme est trompeuse à cet égard. Une lecture attentive de la jurisprudence indique qu'il est, et qu'il a traditionnellement toujours été, difficile d'annuler un testament ou un contrat pour cause d'incapacité, par opposition à un abus d'influence.

La théorie de la doctrine américaine sur l'abus d'influence est relativement claire. À toute fin pratique, pour protéger les personnes frappées de capacité marginale contre les abus, le tribunal refusera de donner un effet juridique aux contrats ou aux testaments signés par ces personnes, s'ils ne sont pas équitables et s'ils sont le résultat d'un abus d'influence. Dans la jurisprudence, le sens donné au type d'influence en cause est parfois relativement large, notamment «[Traduction] une influence illicite et frauduleuse qui contrôle le testament du cédant»[749]. Un exposé assez complet à cet égard se trouve dans l'affaire *Pass v. Stephens*, entendue en 1921 :

> [Traduction]
> Il est important de comprendre ce qui constitue un abus d'influence qui aura pour effet de vicier un acte notarié obtenu par l'exercice d'un tel abus sur le cédant. Un abus d'influence, qui justifiera la résiliation d'un acte notarié signé, doit avoir été de nature à priver le cédant de sa liberté de décision et à rendre l'action, par conséquent, davantage le résultat de la volonté d'autrui que de la volonté du cédant. Il ne suffit pas, pour se soustraire à l'exécution d'un acte notarié, que sa signature ait été obtenue grâce à un argument honnête ou une persuasion sans fraude[750].

Le tribunal poursuit en déclarant que l'influence doit être illégale, au sens juridique, c'est-à-dire une fraude[751]. Dans le même ordre d'idée, le tribunal déclare dans une autre affaire que «[Traduction] si l'affection, la confiance et la gratitude d'un parent à l'égard d'un enfant motivent le don, il s'agit alors d'une influence naturelle et licite qui n'aura pas pour effet de rendre l'acte annulable, sauf si cette influence a été utilisée de manière à embrouiller le jugement du donateur»[752].

Stevens v. Vancieve, 4 Wash. 262 (N.J., 1822) et *Harrison v. Rowan*, 3 Wash. 580 (N.J., 1820), précitées.

[749] *Blochowitz v. Blochowitz*, 240 N.W. 586 (Neb., 1932), p. 591.

[750] *Pass v. Stephens*, 198 P.712 (Ariz., 1921) p. 716. Les références ont été omises.

[751] Ibid.

[752] *Blochowitz v. Blochowitz*, 240 N.W. 586 (Neb., 1932) p. 590, qui cite la jurisprudence antérieure. Cf. *Daughton v. Parson*, 423 N.W. 2d 894 (Iowa, 1988), *contra*.

La question est de déterminer s'il y a eu un abus d'influence. Le fait de démontrer qu'il y avait un motif et la possibilité d'exercer un abus d'influence ne suffit pas, s'il n'y a pas de preuve de véritable ingérence[753]. Le tribunal ne tient pas nécessairement compte de la volonté de la partie qui est prétendue avoir été influencée pour déterminer s'il y a eu abus d'influence, comme l'explique l'extrait suivant de l'affaire *Doyle v. Rody* :

> [Traduction]
> L'aliénation mentale, qui n'atteint pas la manie ou l'idiotie, n'est pas compatible avec l'apparence de raison parfaite par moment ou pendant une période; et, si l'abus d'influence est exercé astucieusement, il peut nourrir l'esprit de la victime de fausses impressions ou d'illusions tellement insidieusement, qu'il amène la victime à exécuter de son plein gré, et même avec empressement, l'action qu'elle a habilement été incitée à faire par tromperie. La loi vise à nuire à l'utilisation frauduleuse des avantages que procurent une relation intime. De plus, le fait que la victime ait signé le document visé de plein gré et qu'elle en connaissait le contenu n'exclut pas la présence d'un abus d'influence ou d'un artifice[754].

Les tribunaux ont, par conséquent, exercé un très grand pouvoir discrétionnaire dans l'application de la doctrine sur l'abus d'influence. Selon la vieille jurisprudence, la faiblesse excessive, même sans incapacité juridique, devrait «[Traduction] soulever presque nécessairement la présomption d'un dol[755]. De même, il a été admis que l'absence de conseils indépendants avant la signature d'un contrat était un facteur dont le tribunal devait tenir compte[756].

Certains tribunaux ont jugé que les modalités d'un contrat étaient un facteur qui permettait de déterminer s'il y avait eu abus d'influence. Il est stipulé dans l'affaire *Allore v. Jewell* que la contrepartie doit être «[Traduction] extrêmement inappropriée» pour que les tribunaux interviennent[757]. Le tribunal a également tenu compte de la contrepartie, dans l'affaire *Hanks v. McNeil Coal Corporation* :

---

[753] *Williams v. Church*, 198 P. 2d 995 (Okla.); *Arnau v. Cochran*, 361 S.E. 2d 173, (Ga., 1987).

[754] *Doyle v. Rody*, 25 A 2d 457 (Maryland, 1942) pp. 461 et s., qui cite l'affaire *Cherbonnier v. Evitts*, 56 Md. 276.

[755] *Harding v. Wheaton*, 2 Mason, affd. *sub nom Harding c. Handy*, 11 Wheat. 125 (S.Ct.), citée dans l'affaire *Allore v. Jewell*, 94 U.S. 506 (1876), p. 511.

[756] Voir *Allore v. Jewell*, 94 U.S. 506 (1876), p. 512

[757] Page 511.

[Traduction]
Le caractère inapproprié de la contrepartie est une preuve qui permet de conclure à une fraude, que cette preuve soit peu ou très valable. une contrepartie dont le caractère inapproprié est troublant pour la conscience constitue une preuve décisive de fraude et a pour effet de renverser le fardeau de la preuve pour qu'elle incombe à la partie qui demande l'exécution du contrat. La mesure de redressement d'équité est donnée, toutefois, non pas en vertu du caractère inapproprié, mais en vertu de la fraude prouvée par la présente[758].

Les tribunaux qui étudient la question de la contrepartie payée en vertu d'un contrat insistent sur le fait que le caractère inapproprié de la contrepartie ne peut servir qu'à titre de preuve de fraude ou d'abus d'influence et qu'il n'a pas pour effet d'annuler une transaction conclue librement entre deux parties, pour cause d'imprévoyance[759].

Il est assez clair qu'il y aura présomption d'abus d'influence si le bénéficiaire du testament ou l'autre partie au contrat a un rapport de confiance avec la partie frappée d'incapacité marginale. La sphère de ces rapports semble être assez vaste. En effet, au dix-neuvième siècle, un tribunal avait même inclus le rapport entre spirite et voyante dans les rapports de confiance :

[Traduction]
De nombreuses preuves tendent à montrer qu'il y a eu abus d'influence. Il a été démontré que le rapport entre les parties était confidentiel, en raison de ses prétendus pouvoirs de voyante grâce auxquels elle exerçait un grand contrôle sur lui [le cédant]. Ceci étant dit, la charge de prouver qu'il n'y a pas eu d'abus d'influence incombe à celle-ci. La règle est appliquée de façon très marquée au rapport entre une personne et son prêtre, son confesseur, son pasteur ou son conseiller spirituel, et sans aucun doute de façon aussi marquée au rapport entre un disciple fervent, pour ne pas dire obsessif, du spiritualisme, et la voyante auquelle il fait confiance et sur laquelle il se fie habituellement. La jurisprudence est considérable à cet égard, mais la loi, sur les questions qui intéressent la présente enquête, se retrouve dans le Code civil. Selon l'article 2219, une personne qui assume volontairement un rapport de confiance avec une autre est un fiduciaire, et l'article 2235 soulève la présomption que toutes les transactions entre ces personnes, qui offrent un avantage à la personne faisant l'objet d'une confiance, découlent d'un abus d'influence.

• • •

Nous croyons que cela suffit pour montrer que le tribunal peut accepter la preuve qu'il existait un rapport particulier de confiance entre eux, semblable au rapport entre un adepte religieux et son conseiller spirituel, et cette preuve aura pour effet de renverser la charge de démontrer le caractère équitable de ses activités pour qu'elle incombe au demandeur[760].

---

[758] *Hanks v. McNeil Coal Corporation*, 168 P. 256 (Colo. 1946), p. 261.

[759] *Hanks v. McNeil Coal Corporation*, 168 P. 256 (Colo., 1946), pp. 261 et s.; *Kilgore v. Cross and Diver* 1 McCrary 144 (Ark., 1880), *Allore v. Jewell*, 94 U.S. 506 (Mich., 1876).

[760] *Connor v. Stanley*, 14 P. 306 (Cal., 1887), pp. 307 et s.

La jurisprudence semblerait indiquer que l'abus découlant d'une situation de fiduciaire peut, par conséquent, être considéré comme un exemple de rapport susceptible d'entraîner un abus d'influence.

Les preuves entendues aux procès en matière de capacité reflètent en grande part les critères qui doivent être prouvés. Par conséquent, en ce qui a trait à la capacité proprement dite, les témoignages de connaissances de la personne prétendue frappée d'incapacité servent souvent de preuve à l'égard de la raison, du comportement et du niveau d'intelligence de cette personne. Quant à l'abus d'influence, des témoins viendront déposer leur preuve à l'égard du rapport entre les parties.

Il existe quelques différences importantes par rapport à la jurisprudence anglaise, en ce qui a trait à la preuve qui peut être produite. Au dix-neuvième siècle, la jurisprudence américaine n'acceptait pas les testaments et les déclarations faits antérieurement par le testateur, quand il était mentalement capable, comme facteur de l'établissement de sa capacité de tester[761]. Ces considérations n'étaient pas jugées pertinentes, parce que la question était de connaître l'intention du testateur au moment de la signature du testament visé. Les déclarations antérieures étaient également considérées comme des ouï-dire, autrement dit ils étaient peu fiables. Ces règles ont changé depuis. Le comportement général de la personne, y compris ses déclarations[762], et ses testaments antérieurs[763] sont maintenant recevables.

Il est possible d'affirmer que l'opinion médicale a joué un rôle plus important dans l'élaboration des normes de capacité au sein de la jurisprudence américaine que de la jurisprudence anglaise. Cette importance s'explique, d'une part, par le fait que l'évolution de la jurisprudence américaine s'est poursuivie pendant le vingtième siècle, alors que la médecine devenait mieux structurée, plus compétente et plus prestigieuse. Toutefois, l'influence existait déjà avant ce siècle.

---

[761] *Turner v. Hand*, 3 Wallace Jr. 88 (Penn., 1855); *Stevens v. Vancleve*, 4 Wash. 262 (N.J. 1822).

[762] Voir American Jurisprudence, (2nd ed.), (Rochester : Lawyers Co-Operative, 1968), vol. 41 au par. 134).

[763] Voir *Dillman v. McDanel*, 78 N.E. 590 (Ill., 1906); *Blochowitz v. Blochowitz*, 240 N.W. 586 (Neb., 1932); et *Newton v. Carberry*, 5 Cranch 626 (Wash., 1840).

D'autre part, l'influence de la médecine découle vraisemblablement de l'ouvrage, *The Medical Jurisprudence of Insanity*, rédigé en 1838 par Isaac Ray, médecin et fondateur de l'American Psychiatric Association. Cet ouvrage était fréquemment cité dans les décisions du dix-neuvième siècle, notamment parce que les questions y étaient structurées de façon plus efficace que dans les traités rédigés par les avocats de l'époque. Quoi qu'il en soit, les tribunaux américains tendaient à étudier davantage les données médicales que les tribunaux anglais. Par exemple, dans l'affaire *Hall v. Hunger*, entendue en 1867, le California Circuit Court explique la gradation médicale courante en matière de maladie mentale et fait un bref exposé de l'idiotie, la monomanie, la démence et la manie[764]. Bien que les tribunaux estiment que les diagnostics ne sont pas déterminants en matière de capacité mentale, il existe une volonté d'étudier la relation entre les différents troubles et les définitions juridiques, afin de garantir que la loi tienne compte de la réalité médicale. Par opposition à la situation en Angleterre, notamment dans l'affaire *Waring v. Waring*[765], dans laquelle le tribunal, malgré la preuve médicale à cet égard, avait effectivement nié l'existence de la monomanie ou d'un lien avec la capacité, dans son sens juridique.

Il existe une différence réelle entre les opinions des Anglais et des Américains au sujet des faits médicaux, sur la question de la folie d'un membre de la famille comme preuve recevable. En Angleterre, la folie d'un membre de la famille n'était pas recevable comme preuve de la folie d'autres membres de la famille, dans les actions civiles[766]. Rare est la jurisprudence américaine qui accepte une preuve à cet égard, sans preuve du caractère héréditaire du type de folie[767], ce qui indique peut-être combien l'idée de la folie comme maladie ou notion médicale était répandue. Habituellement, toutefois, la règle était que la preuve qu'un membre de la famille était fou n'était recevable que si la preuve démontrait que le type de folie en question constituait une «tare» pour la famille[768]. Par

---

[764] *Hall v. Hunger*, 4 Sawyer 672 (Cal., 1867), pp. 676 et s.

[765] (1848), 6 Moore 341.

[766] Voir *M'Adam v. Walker and Another* (1813) 1 Dow. 148; *Doe d. Mather v. Whitefoot and Williams* (1838) 8 C & P. 270.

[767] Voir, à titre d'exemple, *Prentis v. Bates*, 53 N.W. 153 (Mich., 1892), p. 155.

[768] Voir *In Re Myer's Will*, 76 N.E. 920 (N.Y. 1906) (la preuve a été rejetée, parce qu'une preuve du caractère héréditaire de la maladie n'a pas été présentée); *Reichenbach v. Ruddach*, 18 A 432 (Penn., 1889) (encore une fois, la preuve a été rejetée pour faute de preuve du caractère héréditaire de la maladie).

conséquent, la recevabilité de la preuve reposait en grande part sur les faits médicaux.

La jurisprudence américaine accordait également une plus grande attention aux témoignages des médecins :

> [Traduction]
> Quant au sujet du témoignage, il faut bien noter que les simples opinions des témoins ne méritent que peu ou pas d'attention, sauf si elles sont étayées de raisons valables et fondées sur des faits qui les justifient aux yeux du jury. Si ces raisons ne sont pas sérieuses ou concluantes, les opinions des témoins n'ont aucune valeur.
>
> Ceci dit, en règle générale, les opinions des médecins, même s'ils ne voient pas le testateur, peuvent être considérées comme des exceptions. Il est possible pour un médecin de formuler, avec un certain degré d'exactitude, une opinion sur la nature de la maladie et de ses effets probables sur l'esprit, si les symptômes lui sont décrits fidèlement, parce qu'au cours de longues années de pratique et d'observation par lui-même ou par d'autres médecins, les effets normaux de ces symptômes étaient semblables. Toutefois, avant de présenter ces opinions devant un jury, les autres preuves présentées doivent le convaincre que les symptômes existaient en l'espèce[769].

La véritable décision en matière de capacité (en l'absence de législation sur cette question) a toujours relevé de la compétence du juge ou du jury. Néanmoins, il est difficile d'imaginer qu'un tribunal anglais puisse accorder un respect aussi grand au témoignage d'un médecin.

Comme nous l'avons vu, l'interprétation des tribunaux américains en matière de capacité n'a pas porté sur le délire. Avant l'affaire *Goodfellow,* le droit américain est très proche du droit anglais, à cet égard. Dans la jurisprudence américaine, le délire est habituellement défini comme une «[Traduction] croyance en l'existence de quelque chose qui n'existe pas, et en laquelle une personne raisonnable ne pourrait pas croire, en l'absence de preuve»[770]. Cette définition est essentiellement semblable à la définition établie dans la jurisprudence anglaise, notamment dans les affaires *Dew v. Clark and Clark*[771] et *Prinsep and The East India Co. v. Dyce Sombre and Others*[772]. Curieusement, étant donné la définition, selon

---

[769] *Harrison v. Rowan*, 3 Wash. 580 (N.J., 1820).

[770] Voir *In Re Hemingway's Estate*, 45 A. 726 (Penn., 1900), p. 727. Des définitions semblables se trouvent dans l'affaire *Re Good's Estate*, 274 S.W. 900 (Tex., 1955), et *Appeal of Kimberley*, 36 A. 847 (Conn., 1896), p. 849.

[771] (1828), 3 Add. 79.

[772] (1856), 10 Moore 232, surtout à la p. 246.

la jurisprudence, l'existence du délire est une question de principe juridique, et non de fait, et elle relève, par conséquent, du juge et non du jury[773].

Il est certain qu'à la fin du siècle, la règle des tribunaux américains était qu'il fallait démontrer l'existence d'une relation de causalité entre le délire et le document signé pour rendre ce document nul[774]. Dans le cas où il était impossible de démontrer cette relation, certains tribunaux admettaient le délire en vertu d'autres arguments. Ainsi, dans l'affaire *Reichenbach v. Ruddach*, par exemple, qui traitait d'un abus d'influence, le délire a été accepté comme preuve du degré de perturbation causé par la maladie du testateur, en l'espèce «[Traduction] une vie d'ivrognerie, de prodigalité et de luxure»[775]. Dans l'affaire *Conner v. Stanley*, la question de la croyance spirituelle qui tend à la monomanie est traitée, non pas en alléguant le délire, mais en invoquant son rôle de catalyseur de la création d'une relation de confiance entre le cédant et la voyante[776].

Les différentes opinions sur ce qui constitue le délire ont soulevé de nombreuses questions (certaines reflétant peut-être la période) dont les décisions anglaises ne traitent pas. Ainsi, par exemple, le fait qu'une personne croyait que sa fille était une sorcière ne constituait pas un délire en 1887[777]. La décision dans l'affaire *Newton v. Carberry* a peut-être été plus déterminante, du fait que le tribunal a jugé qu'il ne relevait pas de sa compétence de déterminer si la doctrine d'une secte religieuse était vraie ou fausse, et, par conséquent, d'établir si les membres de cette secte étaient, par hypothèse, frappés de délire[778].

---

[773] *Appeal of Kimberley*, 36 A. 847 (Conn., 1896), p. 849. Un résultat semblable ne serait pas obtenu au Canada ou en Angleterre, où les tribunaux ont décidé que la détermination de l'existence du délire était une question de fait, qui relevait de la compétence du jury : *Robertson v. Kelly* (1883), 2 O.R. 163 (Q.B.D.), qui cite l'affaire *Jenkins v. Morris, supra*.

[774] Voir *In Re Hemingway's Estate*, 45 A. 726 (Penn., 1900), p. 727; *Eubanks v. Eubanks*, 195 N.E. 521 (Ill., 1935); *Doyle v. Rody*, 25 A. 2d 457 (Maryland, 1942); *Roller v. Kurtz*, 129 N.E. 2d 693 (Ill., 1955). Le motif n'est pas tout à fait clair, mais il semble qu'il n'aurait pas été nécessaire de prouver la relation de causalité dans l'affaire *Appeal of Kimberley*, 36 A. 847 (Conn., 1896).

[775] *Reichenbach v. Ruddach*, 18 A. 432 (Penn., 1889), p. 437).

[776] *Conner v. Stanley*, 14 P. 306 (Cal., 1887).

[777] Voir *Schildnecht v. Rompf's Executor*, 4 S.W. 235 (Ky., 1887).

[778] *Newton v. Carberry*, 5 Cranch 626 (Washington, 1840). L'on pourrait s'attendre à une décision semblable d'un tribunal canadien, surtout en vertu de la liberté religieuse garantie dans l'article 2 de la *Charte des droits et libertés*.

La jurisprudence américaine adopte deux types de critères en matière d'incapacité. Le critère de la capacité proprement dite, qui est un critère fondé sur le caractère fonctionnel dont la norme est très peu élevée. Le critère de l'abus d'influence qui étudie les capacités fonctionnelles de la personne prétendue frappée d'incapacité marginale et le pouvoir du rapport entre les parties, et qui tente de protéger la partie la plus faible. À l'instar des tribunaux anglais, les tribunaux américains alléguaient qu'il ne s'intéressait au «caractère approprié» des dispositions prévues dans le testament ou des modalités du contrat comme telles sauf s'il y avait preuve de fraude. Contrairement aux tribunaux anglais, les tribunaux américains, du moins dans la jurisprudence contenue dans les recueils, adoptaient une position stricte à cet égard et les histoires d'enfants injustement déshérités sont peu nombreuses. Il n'est toutefois pas particulièrement rare que la plus susceptible d'avoir des «liens naturels d'affection» soit la partie perdante. Les remarques des Anglais selon lesquelles «une action raisonnable, faite raisonnablement, est la preuve la plus valable d'une période de lucidité», ne se trouvent pas dans la jurisprudence américaine[779]. Il reste peut-être à répondre à la question de savoir dans quelle mesure les décisions contenues dans les recueils sont représentatives. Prenons l'extrait suivant d'une affaire du dix-neuvième siècle :

> [Traduction]
> Dans les litiges concernant un testament, dans lequel un testateur a, ou semble avoir, disposé de ses biens de façon inégale ou inéquitable entre les personnes dont la relation est la même de par leur consanguinité ou autres raisons, l'on serait porté en général à chercher un motif pour rendre le testament nul. Il n'est pas toujours possible de contrôler la tendance dans cette direction qu'adoptent la plupart des juristes, pour ne pas dire tous les juristes, en leur expliquant qu'aucune loi n'impose au testateur de diviser ses biens équitablement ou dans des proportions égales entre ses héritiers, et qu'il n'a aucune obligation à cet égard. Évidemment, la loi stipule que le testateur peut disposer de ses biens comme il l'entend, et il peut faire bénéficier qui il veut de sa libéralité, que ce soit un de ses héritiers ou non. Bien qu'il n'y ait aucun doute sur la nature de la loi, une personne normale

[779] La seule exception importante dans les affaires étudiées est l'affaire *Dillman v. McDaniel*, 78 N.E. 590 (Ill., 1906), p. 596 :

> [Traduction]
> Dans les directives numéros 5 et 18 des intimés, il est conseillé au jury de tenir compte, pour déterminer s'il y a incapacité mentale, de toute distribution inéquitable ou de tout élément déraisonnable des clauses du testament, ainsi que du caractère raisonnable du testament par rapport à l'importance des biens du testateur et à la situation financière des membres de sa famille. ... Nous jugeons que, dans les affaires de cette nature, «[Traduction] la preuve intrinsèque du testament proprement dit, qui découle du caractère déraisonnable ou inéquitable de ses dispositions, étant donné l'état des biens du testateur, la situation de la famille et les prétentions de certaines personnes, relève de la compétence du jury.» [certaines parties ont été omises].

> peut difficilement accepter ce fait, et il est courant que les juristes sautent sur un prétexte pour obtenir un verdict en faveur de ce qu'ils jugent être la justice naturelle[780].

La volonté des jurés et des juges de voir à ce que justice soit faite existera probablement toujours. Bien que la jurisprudence américaine soit beaucoup moins explicite que la jurisprudence anglaise à cet égard, il serait naïf de prétendre que les conclusions d'incapacité ou d'abus d'influence n'ont pas été dictées, dans une certaine mesure, par des considérations pratiques.

Tutelle, curatelle et consentement au traitement

Dans le domaine de la tutelle ou de la curatelle générales, les tribunaux d'état ont hérité du droit anglais qui existait au moment de la révolution. En cas d'absence de législation, par exemple, les tribunaux intentaient les poursuites par voie de bref *de lunatico inquirendo*, à l'instar de la Grande-Bretagne[781].

Contrairement au droit en matière de capacité de tester ou de contracter, toutefois, la double norme, soit l'incapacité d'une part et l'abus d'influence de l'autre, ne s'est pas développée, ce qui peut laisser présumer qu'il sera éventuellement possible d'établir l'incapacité de manière générale. Une enquête sur la capacité générale ne peut pas porter sur l'évaluation d'un document précis pour déterminer dans quelle mesure l'abus d'influence a contribué à la signature du document.

Par conséquent, la norme qui en découle ne tient pas compte de l'abus d'influence. Il ne s'agit pas du critère minimal d'incapacité mentale qui pourrait rendre le contrat nul *ab initio*, mais d'un critère qui porte sur la capacité de la personne de survivre dans le quotidien. Ainsi, dans l'affaire *Lewis v. Lewis*, le critère utilisé est «[Traduction] un degré d'incapacité mentale qui connote une inaptitude à comprendre et à traiter les affaires quotidiennes normales»[782]. L'application de la norme élaborée est plus proche de la norme anglaise, du fait qu'il ne soit pas nécessaire de montrer qu'il y a une grande incapacité pour justifier l'ordonnance d'une mise en tutelle. En outre, bien que la norme qui exigeait que

---

[780] *Freeman v. Easley*, 7 N.E. 656 (Ill., 1886), p. 658.

[781] v. *Burke v. Wheaton* Wash 340 (1828).

[782] *Lewis v. Lewis*, 20 S.E. 2d 107 (S.C., 1942), p. 109.

le pupille prenne des «décisions raisonnables» ait été déclarée insconstitutionnelle[783], l'ampleur et la généralité du critère formulé peuvent permettre de tenir compte, dans une certaine mesure, des résultats des choix faits pour établir la capacité générale.

Vers la moitié du siècle, la plupart des états avaient adopté des lois qui associaient l'incapacité à l'internement. En outre, plusieurs des décisions américaines les plus importantes en matière de mise sous tutelle se sont produites dans le contexte de traitements médicaux. Pour comprendre la notion de capacité dans ce contexte, il faut étudier l'évolution générale du droit et de la médecine aux États-Unis au cours des dernières décennies.

Avant les années soixante, il semble que la perception générale était que la loi avait un rôle limité par rapport à la médecine. Bien que la loi ait toujours imposé un consentement au traitement, ce n'est que dans les années cinquante que les tribunaux ont commencé à élaborer des normes strictes relatives à l'information que le malade devait avoir avant qu'un consentement ne soit valide[784]. Depuis cette époque, la loi s'est immiscée par différents moyens dans le domaine de la médecine.

Le premier moyen, qui est le plus important, est par l'élaboration d'une doctrine en matière de consentement éclairé. Pour qu'un consentement soit valide, il doit être fait volontairement et en connaissance de cause par une personne mentalement capable[785]. La plupart des affaires qui traitent du consentement éclairé étudient la portée de l'information qui doit être donnée au patient sur le traitement proposé. Dans les premières affaires américaines, l'information à divulguer était déterminée d'après les normes établies par les médecins[786]. Plus récemment, et conformément à l'évolution dans la direction opposée aux modèles

---

[783] *In Re Boyer*, 636 P. 2d 1085 (Utah, 1981).

[784] L'on estime habituellement que la loi sur le consentement éclairé a pris effet, aux États-Unis, dans l'affaire *Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees*, 317 P. 2d 170 (Cal., 1957).

[785] Voir *Kaimowitz v. Department of Mental Health*, 1 M.D.L.R. 147 (Mich., 1973) et de nombreuses autres décisions.

[786] Voir, à titre d'exemple, *Natason v. Kline*, 350 P. 2d 1093 (Kan., 1960).

de décision pris par des médecins, la norme relative à l'information à donner est l'information qu'un patient moyen, raisonnable et prudent voudrait connaître[787].

Deuxièmement, les mouvements pour les droits civils en sont venus à s'intéresser aux personnes frappées de déficience mentale et de troubles psychiatriques. Au départ, notamment dans l'affaire *Wyatt v. Stickney*[788], la question était de garantir une norme appropriée de traitement dans les établissements psychiatriques. Dans cette affaire, le tribunal de l'Alabama a expliqué de façon très détaillée les normes de logement, de soins et de traitements que la Constitution garantissait à une personne internée dans un institut psychiatrique. Dans l'affaire *Lessard v. Schmidt*[789] en 1972, le tribunal a confirmé le droit constitutionnel d'un malade faisant l'objet d'un internement civil à une audience de style accusateur et à une procédure équitable. En 1975, dans l'affaire *O'Connor v. Donaldson*[790], le tribunal a jugé que l'internement civil d'une personne qui n'était pas dangereuse et qui était capable de vivre sans danger dans la société, seule ou avec le soutien disponible, était une violation du droit à la liberté garanti par la Constitution.

Plus étroitement lié à nos fins, les tribunaux ont également commencé à faire une distinction entre l'internement et la capacité. Ainsi, les tribunaux ont jugé que les malades internés n'étaient pas pour autant incapables de consentir aux traitements[791]. Les tribunaux ont déclaré que l'administration de médicaments sans le consentement du malade est une violation de son droit à la vie privée, un

---

[787] Voir, à titre d'exemple, *Canterbury v. Spence*, 464 F. 2d 772 (D.C., 1972); et *Largey v. Rothman*, 540 A. 2d 504 (N.J., 1988).

[788] *Wyatt v. Stickney*, 325 F. Supp. 781 (Ala., 1971), var. 344 F. Supp. 373 (Ala., 1972). Voir également *Mariarella v. Kelley*, 349 F. Supp. 575 (N.Y., 1972), dans laquelle un ensemble d'arguments semblables avaient joué en faveur d'établissements pour enfants.

[789] *Lessard v. Schmidt*, 349 F. Supp. 1078, (Wisc., 1972).

[790] *O'Connor v. Donaldson*, 422 U.S. 563 (Fla., 1974).

[791] Voir, à titre d'exemple, *Rennie v. Klein* 462 F. Supp. 1131, (N.J., 1978); mod. 476 F. Supp. 1294 (1979); mod & rem 563 F. 2d 836 (1981); *Goedecke v. State Dep't of Inst.*, 603 P. 2d 123 (1979); *Rogers v. Okin*, 634 F. 2d 650 (1980), vac. and rem 102 S. Ct. 2442 (1982), 458 N.E. 2d 308 (Mass., 1983); *Opinion of the Justices*, 465 A. 2d 484 (N.H., 1983); *Savastano v. Saribeyoglu*, 480 N.Y.S. 977 (1984).

droit quasi-constitutionnel, ou à la liberté, un droit garanti par la Constitution[792]. À la lumière de ces décisions, les assemblées législatives des états ont adopté, au cours des derniers vingt ans, des lois qui établissent une distinction entre la capacité et l'internement. Depuis 1985, il est reconnu de façon explicite, dans quarante-deux états, que l'internement n'influe pas sur la capacité[793].

La jurisprudence est bien établie en faveur d'une audience qui devrait être tenue devant un tribunal pour déterminer si le malade est frappé d'incapacité, avant de lui administrer des médicaments contre son gré[794]. Cette ligne de pensée a été mise en doute dans la décision de la Cour suprême des États-Unis, dans l'affaire *Youngberg v. Romeo*[795]. Bien que l'affaire n'ait traité que des normes minimales imposées aux établissements psychiatriques, le tribunal a fait les commentaires suivants au sujet de l'ingérence du système judiciaire dans le domaine de la santé mentale :

> [Traduction]
> Pour déterminer ce qui est «raisonnable» -- dans l'affaire en l'espèce, ainsi que dans toute affaire de demande de formation auprès de l'État -- nous insistons sur le fait que les tribunaux doivent faire preuve de déférence à l'égard des opinions formulées par des professionnels qualifiés. La limitation des révisions judiciaires qui visent à contester les conditions dans les établissements psychiatriques des états, devrait avoir pour effet de minimiser l'ingérence du système judiciaire dans le fonctionnement interne de ces établissements. En outre, il ne fait pas de doute qu'aucun motif ne justifie de croire que les juges ou les jurés sont mieux qualifiés que les professionnels des domaines pertinents pour prendre ces décisions. (Les tribunaux ne devraient pas «mettre en doute les témoignages d'experts dans les domaines où les connaissances de ces derniers sont supérieures»). Pour ces raisons, une décision rendue par un professionnel est présumée être valide; le professionnel sera tenu responsable si l'écart entre sa décision et les opinions, la pratique ou les normes des professionnels autorisés est assez

---

[792] *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewick*, 370 N.E. 2d 417, (Mass., 1977); *In Re Boyd*, 403 A. 2d 744 (D.C., 1979); *Lojuk v. Quandt*, 706 F. 2d 1456 (Ill., 1983) confirmation fondée sur des motifs différents, 770 F. 2d 619; cert. refusée, 474 U.S. 1067 (1986); *Savastano v. Saribeyoglu*, 480 N.Y.S. 977 (1984).

[793] Voir J. Parry, «Incompetency, Guardianship, and Restoration», au chapitre sept de *The Mentally Disabled and the Law*, 6e éd.,Éd. S.J. Brakel, J. Barry et R. Weiner, Chicago : American Bar Foundation, 1985, p. 375.

[794] *In the Matter of Schiller*, 372 A 2d 360 (N.J., 1977); *Bentley v. state ex rel. Rogers*, 398 So. 2d 992 (Fla., 1981), décision fondée sur le droit à la vie privée garanti par la constitution de la Floride; *People v. Medina*, 705 P. 2d 961 (Colo., 1985); *Jarvis v. Levine*, 418 N.W. 2d 139 (Minn., 1988), et *Riese v. St. Mary's Hospital and Medical Center*, 243 Cal. Rptr. 241 (1987).

[795] *Youngberg v. Romeo*, 102 S. Ct. 2452 (Penn., 1982).

importante pour démontrer que la personne responsable n'a pas effectivement fondé sa décision sur un jugement professionnel[796].

Cette décision a été citée pour justifier les décisions en matière d'incapacité prises par des médecins, au lieu de tribunaux. Dans l'affaire *U.S. v. Leatherman*, par exemple, les tribunaux ont jugé qu'une personne déclarée non coupable pour cause d'aliénation mentale avait été traitée de manière appropriée, en se fondant sur la décision du personnel hospitalier, selon laquelle la personne n'était pas capable de donner son consentement, et sur le fait que la famille en avait fait la demande, bien qu'il n'y eut aucun mécanisme officiel pour en appeler de la décision de l'hôpital[797].

Une autre interprétation de la décision *Youngberg* suggérait que la procédure équitable d'audience ne devait pas automatiquement faire appel au système judiciaire. Cette interprétation se retrouve dans l'affaire *U.S. v. Charters*, dans laquelle le tribunal devait juger si les décisions relatives aux traitements devaient être prises par des arbitres indépendants ou par les médecins de l'établissement[798]. D'autres tribunaux ont établi, de façon implicite, que les motifs de l'affaire *Youngberg* ne traitaient pas de la capacité mentale. La California Court of Appeal a fait la description suivante au sujet de la question de la capacité :

[Traduction]
La loi [appelée LPS] accepte que, comme l'a admis la plus haute cour de l'état de New-York, la maladie mentale «frappe souvent dans des sphères limitées du fonctionnement, ce qui n'affaiblit pas certaines autres sphères, et par conséquent ... plusieurs personnes frappées d'une maladie mentale conservent leur capacité mentale de fonctionner». Par conséquent, la seule fonction du tribunal est de déterminer si le malade qui refuse le traitement est capable de le faire, en dépit de sa maladie mentale. L'établissement de la capacité «est une fonction qui ne relève que du système judiciaire, et non de la médecine». Comme l'a déclaré un psychiatrique éminent, «la capacité n'est pas une notion clinique, médicale ou psychiatrique. Elle n'est pas liée à notre vision de la santé, de la maladie, des traitements et des personnes à titre de malades. Mais elle relève du domaine du droit, du droit de la société de décider si une personne devrait avoir certains droits (et certaines obligations) à l'égard d'autrui, de ses biens et de ses relations». Bien qu'il ne soit pas facile pour le système judiciaire de déterminer si une personne est capable de consentir de façon éclairée à un traitement proposé, il ne s'agit pas d'une fonction plus difficile que celle d'évaluer si une personne a la capacité nécessaire pour subir un procès en vertu de la LPS et autres lois connexes. Cette fonction est facilitée par la capacité

[796] Ibid, pp. 2461 et s.. Les références ont été éliminées, mais les parenthèses et les guillemets apparaissent dans le texte original.

[797] *U.S. v. Leatherman*, 580 F. Supp. 977 (D.C., 1983).

[798] *U.S. v. Charters*, 829 F. 2d 479, (Virg., 1987).

de plus en plus grande des professionnels de la santé mentale de lui apporter une aide efficace dans les questions médico-légales[799].

Sans directive plus explicite de la Cour suprême, il n'est pas facile de savoir si l'incapacité peut être déterminée directement par un médecin ou si elle doit être établie par un tribunal judiciaire ou un tribunal administratif indépendant[800].

De plus, les ramifications de la décision d'incapacité ne sont pas claires. Habituellement, un tuteur est nommé. Dans ce cas, il faut obtenir le consentement du tuteur avant que tout acte médical ne soit entrepris, même si le malade frappé d'incapacité y consent[801]. De façon générale, il semble qu'en l'absence d'une ordonnance d'un tribunal, le tuteur prend la décision en fonction de ce que le malade aurait décidé s'il en avait été capable[802]. Le tuteur doit par conséquent bien tenir compte de toute volonté exprimée par le malade quand il était capable de le faire[803]. Des tribunaux ont déclaré que certains actes médicaux, qui constituaient une ingérence trop importante dans la vie privée, ne devaient jamais être entrepris sans le consentement du tuteur[804]. Quoi qu'il en soit, il semble qu'il soit toujours possible d'obtenir une demande de traitement d'un tribunal, en vertu du pouvoir conféré par la doctrine du *parens patriae*.

Il est d'autant plus difficile d'évaluer les demandes de traitement que l'évaluation de la capacité d'un malade ne détermine pas la question de savoir si le traitement devra lui être administré. Certaines affaires ont confirmé le droit absolu du malade capable de refuser un traitement, sauf dans les situations

---

799 *Riese v. St Mary's hospital and Medical Center*, 243 Cal. Rptr. 241 (1987). Les guillemets et les parenthèses se trouvent dans l'original, mais les références et les notes en bas de page n'ont pas été indiquées.

800 Dans la plupart des situations, la jurisprudence américaine permet le traitement d'urgence des personnes frappées d'incapacité mentale ou des personnes dont la capacité est mise en doute, sans le consentement de cette personne, pour que la contrainte de temps n'influe pas sur la question de savoir qui doit prendre la décision.

801 *Aponte v. U.S.*, 582 F. Supp. 65 (Puerto Rico, 1984)

802 *Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz*, 370 N.E. 2d 417 (Mass., 1977); *In Re Boyd*, 403 A. 2d 744 (D.C., 1979); *In Re Roe*, 421 N.E. 2d 40 (Mass., 1981); *Delio v. Westchester County Medical Center*, 516 N.Y.S. 2d 677 (1986).

803 Voir, à titre d'exemple, *In Re Roe*, 421 N.E. 2d 40 (Mass., 1981); *Delio v. Westchester County Medical Center*, 516 N.Y.S. 2d 677 (1986).

804 Ces affaires traitent habituellement de l'administration de traitements psychiatriques ou de l'interruption de traitements essentiels au maintien de la vie : voir plus bas.

d'urgence[805]. Il a été mentionné dans plusieurs affaires que le droit conféré à l'État d'écarter le refus d'une personne mentalement capable de recevoir un traitement devait reposer sur des facteurs très sérieux. Toutefois, dans les affaires qui constituent les précédents les plus importants, il a été admis qu'il était possible d'écarter le refus d'un malade mentalement capable, dans certaines circonstances. Pour compliquer les choses davantage, l'inverse est également vrai : l'on considère que le droit à la liberté du malade frappé d'incapacité, qui refus un traitement, doit être respecté, bien que les droits de l'État d'écarter le refus de traitement soient présumés être plus importants[806].

Dans le débat entre le droit du malade de refuser un traitement et le pouvoir conféré à l'État par la doctrine du *parens patriae*, la compétence des États-Unis ne constitue souvent qu'un des facteurs examinés. L'affaire *Roe* donne une idée de l'ampleur des facteurs dont certains tribunaux doivent tenir compte pour décider si un traitement doit être administré à un malade qui le refuse :

[Traduction]
a. le niveau d'ingérence de la procédure proposée dans la vie privée;
b. le risque d'effets secondaires préjudiciables;
c. le caractère nécessaire du traitement pour contrôler une urgence;
d. le choix exprès du pupille, indépendamment de sa capacité mentale;
e. la croyance religieuse du pupille;
f. les répercussions du traitement sur la famille;
g. les conséquences du refus de traitement;
h. le pronostic, si le traitement est administré[807].

Comme les critères semblent l'indiquer, les décisions dans ces affaires seront vraisemblablement fondées sur les faits. Toutefois, quelques commentaires généraux s'imposent.

Ces affaires sont soulevées quand une personne ou son tuteur refuse un traitement, et la question est habituellement de savoir si une forme de non intervention devrait prévaloir. Ces affaires peuvent être classées dans trois grandes catégories : le refus de personnes âgées ou de malades en phase terminale de recevoir des traitements essentiels au maintien de la vie, le refus de recevoir des

[805] Voir, à titre d'exemple, *Davis v. Hubbard*, 506 F. Supp. 915 (Ohio, 1980); *In Re K.K.B.*, 609 P. 2d 747 (Okla., 1980); *Rogers v. Orkin*, 478 F. Supp. 1342 (Mass., 1979). Mais comparer à la décision en appel à la p. 634 de F. 2d 650 (1980), qui utilise une méthode plus restrictive.

[806] Voir, à titre d'exemple, *In Re Boyd*, 403 A. 2d 744 (D.C., 1979); *In Re Roe*, 421 N.E. 2d 40 (Mass., 1981).

[807] *In Re Roe*, 421 N.E. 2d 40 (Mass., 1981).

traitements psychiatriques et le refus fondé sur l'opposition d'une religion à des traitements.

Depuis l'affaire *In the Matter of Quinlan*[808], qui créa un précédent en 1976, les tribunaux ont généralement admis, avec les soins appropriés, le refus de recevoir des traitements essentiels au maintien de la vie formulé par des personnes très âgées ou des malades en phase terminale, surtout pour les traitements ultimes ou les traitements qui constituent une ingérence dans la vie privée. La principale question pour les tribunaux semble être de savoir si le malade a pris une décision en connaissance de cause. Ainsi, dans l'affaire *In re Application of Lydia E. Hall Hospital*[809], le tribunal a rendu une décision en faveur d'une personne âgée qui refusait de recevoir des traitements d'hémodialyse, parce qu'elle semblait comprendre le danger que représentait son refus de recevoir des traitements pour sa vie et sa santé. Dans l'affaire *In the Matter of Quackenbush*[810], le tribunal a confirmé le refus d'une personne âgée de se faire amputer les jambes, qui étaient atteintes de gangrène. La personne souffrait d'un syndrôme cérébral organique, mais avait toujours des périodes de lucidité. Pendant ces périodes, elle n'avait pas d'hallucinations, était raisonnablement vive d'esprit et répondait bien aux questions. Comme elle semblait comprendre raisonnablement son état, le tribunal l'a prononcé mentalement capable et lui a permis de refuser l'amputation. Récemment, un tribunal du New-Jersey a expliqué que la question dans ces affaires était de savoir «[Traduction] si le malade qui renonce à un traitement essentiel au maintien de sa vie est mentalement capable, s'il connaît le pronostic, les autres traitements médicaux offerts et les risques de sa décision et si cette décision lui a été imposée»[811]. Dans cette affaire, le tribunal a tenté d'exposer la procédure à suivre pour éviter la participation du système judiciaire et pour régler l'affaire dans la sphère privée. La jurisprudence tend davantage à permettre au tuteur de présenter une demande devant un tribunal pour que le malade ne fasse plus l'objet de traitements essentiels au maintien de la vie, et cette demande sera accordée s'il appert que le malade l'aurait voulu ainsi. Cette tendance ne s'applique pas aux

[808] *In the Matter of Quinlan* 355 A. 2d 647; cert. refusée sub nom *Garger v. New Jersey*, 429 U.S. 922, 97 S. Ct. 3319.

[809] *In re Application of Lydia E. Hall Hospital*, 455 N.Y.S. 2d 706 (1982).

[810] *In the Matter of Quackenbush*, 383 A. 2d 785 (N.J., 1978).

[811] *In the Matter of Farrell*, 529 A. 2d 404 (N.J., 1987), p. 414.

enfants, toutefois, et les parents n'ont pas le droit de refuser les traitements essentiels au maintien de la vie de leurs enfants[812].

Les médicaments pour troubles psychiatriques ont fait l'objet de nombreux litiges, dont la plus grande part est contradictoire. Ainsi, par exemple, l'affaire *Roe* a établi qu'un tuteur ne pouvait pas consentir aux traitements psychiatriques, parce qu'ils constituaient une ingérence dans la vie privée qui imposait l'accord d'un tribunal, alors que d'autres affaires confirmaient le droit du tuteur d'y consentir[813]. La jurisprudence semble indiquer que les tribunaux ont tendance à considérer que les traitements psychiatriques constituent une très grande ingérence dans la vie privée. Certaines affaires accordent aux malades mentalement capables le droit strict de refuser l'administration de ces médicaments dans toutes les situations, sauf les urgences[814]. En outre, le fait que ces médicaments affaiblissent l'aptitude à formuler des idées a été jugé comme une violation éventuelle de la liberté de parole garantie dans le premier amendement de la constitution américaine[815]. Il est reconnu dans la jurisprudence que l'administration à des prisonniers, contre leur gré, de médicaments dont les effets sont douloureux ou dangereux, notamment les médicaments psychotropes, pourrait constituer une peine cruelle et inusitée, en vertu de la Constitution[816]. Tout ceci indique que les tribunaux doivent prendre des soins particuliers quand il est question de traitements psychiatriques.

---

812 *Eichner v. Dillon*, 423 N.Y.S. 2d 580; modifiée dans 426 N.Y.S. 2d 517 (1980); modifiée dans 438 N.Y.S. 2d 266, cert. refusée sub nom. *In Re Storar*, 454 U.S. 858 (1981). Il s'agit également de la pratique habituelle au Canada ; voir *Superintendent of Family and Child Service v. R.D. and S.D.* (1983), 42 B.C.L.R. 173 (B.C.S.C.) concernant les enfants et *Re Eve* (1986), 13 C.P.C. (2d) 6 (S.C.C.) concernant les personnes qui ne sont pas mentalement capables. Il sera question de ces affaires plus loin, dans la section sur les enfants.

813 *U.S. v. Leatherman*, 580 F. Supp. 977 (D.C., 1983).

814 Voir, par exemple, *Savastano v. Saribeyoglu*, 480 N.Y.S. 977 (1984); *Bee v. Greaves*, 744 F. 2d 1387 (Utah, 1984); *U.S. v. Charters*, 829 F. 2d 479, (Virg., 1987); *Jarvis v. Levine*, 418 N.W. 2d 139 (Minn., 1988).

815 *Bee v. Greaves*, 744 F. 2d 1387 (Utah, 1984).

816 Voir *Souder v. McGuire*, 423 F. Supp. 830 (Penn., 1976). Il faudrait comparer cette affaire à *Price v. Sheppard*, 239 N.W. 2d 905 (Minn., 1976), dans laquelle le tribunal a reconnu qu'un traitement par électrochocs était une «peine cruelle et inusitée». Toutefois, la pertinence de cette affaire n'est pas claire dans le domaine du droit canadien, parce que cette procédure n'est pas définie comme une «peine» dans la Charte. En effet, l'article équivalent de la Charte canadienne des droits et libertés fait référence à des «*traitements* ou des peines cruels et inusités» [mis en italiques par mes soins].

En dernier lieu, de nombreuses affaires ont étudié la question des droits des malades qui refusent des traitements pour des raisons religieuses. Une affaire, qui a créé un précédent dans les années soixante, semble indiquer que les tribunaux peuvent écarter le refus d'un adulte motivé par des raisons religieuses, en vertu du droit conféré à l'État par la doctrine du *parens patriae*[817]. La jurisprudence plus récente déclare que les tribunaux n'écarteront pas habituellement une opposition de ce type[818]. La question qui intéresse les tribunaux dans ces affaires semblerait maintenant être la même que dans le cas des personnes âgées et des malades en phase terminale de recevoir des traitements, c'est-à-dire qu'il s'agit de savoir s'il y a eu un refus volontaire, éclairé et valide de recevoir des traitements.

La capacité de consentir aux traitements doivent être comprise dans ce contexte. Le peu de jurisprudence sur cette question peut s'expliquer par le fait que la capacité du malade n'est habituellement pas déterminante dans la décision relative au traitement qui devra être administré.

Certains tribunaux ont appliqué directement les définitions de la capacité de contracter au contexte du consentement aux traitements. Ainsi, dans l'affaire *In the Matter of Schiller*, par exemple, le tribunal cite le critère de la capacité de contracter pour exposer le besoin de comprendre raisonnablement la nature, la portée, le caractère et l'effet de l'acte ou de la transaction en question[819] et décrit le critère applicable dans le cas d'un traitement de la façon suivante:

> [Traduction]
> Sur le plan de la capacité mentale de consentir, le critère peut être le suivant : le malade a-t-il assez d'esprit pour comprendre raisonnablement la condition, la nature et l'effet du traitement proposé, les risques liés à l'administration du traitement et ceux liés au refus de le recevoir[820].

---

[817] *Application of Georgetown College*, 331 F. 2d 1009 (1964).

[818] *In re Osbourne*, 294 A. 2d 372 (D.C., 1972). La législation de l'Ontario était probablement équivalente au moment de la rédaction du présent document: voir *Malette v. Shulman* (1987), 63 O.R. (2d) 243 (O.H.C.J.), présentement en appel. Dans cette affaire, il était question d'une transfusion de sang donnée d'urgence à un témoin de Jehovah. Bien qu'aucune requête n'ait été faite auprès du tribunal, celui-ci a insisté sur le droit du malade de refuser le traitement. Étant donné la liberté religieuse garantie par la Charte, il est peu vraisemblable qu'un tribunal canadien écarte le refus d'un malade mentalement capable de recevoir des traitements, quand ce refus est fondé sur des raisons religieuses.

[819] *In the Matter of Schiller*, 372 A. 2d 360 (N.J. 1977), p. 367.

[820] *In the Matter of Schiller*, 372 A. 2d 360 (N.J., 1977), p. 367. Une méthode semblable est utilisée dans l'affaire *Aponte v. U.S.*, 582 F. Supp. 65 (Puerto Rico, 1984).

D'autres affaires ne sont pas fondées explicitement sur la common law concernant les testaments et les contrats, mais plutôt sur un critère plus fondamental, soit la raison du malade. Le Fourth Circuit de la United States Court of Appeals a utilisé cette méthode dans l'affaire *U.S. v. Charters*:

> [Traduction]
> Pour déterminer si Charters est mentalement capable, le tribunal de district devrait déterminer si Charters a suivi un processus rationnel pour décider de refuser les neuroleptiques et s'il est en mesure de motiver son choix de façon rationnelle. La définition de «motifs rationnels» qui justifient la décision de Charters doit être large. Par exemple, une décision ne serait pas fondée sur des motifs rationnels si Charters refusait l'administration de médicaments parce qu'il nie le fait qu'il est schizophrène ou parce qu'il croit que les médicaments auront des effets qu'une personne raisonnable ne pourrait pas croire qu'ils ont. Toutefois, si Charters exprimait la crainte que les médicaments, qui ne le guériraient d'aucune façon, l'abandonneraient à un monde beaucoup moins rassurant ou s'il invoquait le risque incontestable de dommages considérables et irréversibles, le tribunal considérerait les motifs du refus de prendre les médicaments comme rationnels, s'ils étaient étayés par des faits. En effet, si Charters refusait de prendre les neuroleptiques parce qu'il croit que les risques des effets secondaires et la possibilité de dommages permanents sont plus importants que les effets favorables que les médicaments auront éventuellement sur lui, il est difficile de le déclarer non capable en vertu de cette opinion[821].

Une troisième méthode n'est fondée, en théorie, ni sur la loi régissant les contrats et les testaments, ni sur un simple critère de raison, mais sur la loi sur le consentement au traitement. La question devient de savoir si la personne en question peut traiter de manière appropriée l'information qui doit lui être fournie, pour donner son consentement en connaissance de cause. Dans l'affaire *Riese v. St. Mary's Hospital and Medical Center*, la California Court of Appeal a adopté ce critère :

> [Traduction]
> La LPS [la législation pertinente] dispose qu'une audience de présentation de la preuve doit être tenue sur la question de savoir si le malade est capable de comprendre l'information qui doit lui être donnée concernant le traitement et d'agir de façon éclairée et intelligente en fonction de cette information. ... Le tribunal ne doit *pas* régler les questions médicales, notamment celle de savoir si le traitement proposé est absolument nécessaire ou s'il constitue la solution disponible la moins radicale, mais il peut étudier ces questions dans la mesure où elles permettent d'évaluer la capacité du malade de consentir au traitement.
>
> La détermination par un tribunal de la capacité spécifique de consentir au traitement par médicaments devrait porter principalement sur trois facteurs : (a) si le malade est conscient de sa situation (c'est-à-dire, si le tribunal est convaincu que le malade souffre de psychose, la personne connaît-elle cette situation); (b) si le malade est capable de comprendre les avantages et les risques du traitement proposé, ainsi que les autres traitements offerts ... et (c) si le malade est capable de comprendre et d'évaluer de

[821] *U.S. v. Charters*, 829 F. 2d 479, (Virg., 1987), pp. 496 et s. [les notes de bas de page ont été éliminées]. La norme de la «raison» est également utilisée dans l'affaire *In Re Matter of O'Brien*, 517 N.Y.S. 2d 346 (1986).

façon éclairée et intelligente l'information qui doit lui être fournie pour qu'il puisse consentir en connaissance de cause ou s'il peut, autrement, participer à la décision relative au traitement en suivant un processus de pensée raisonnable. Quant à cette dernière considération, il a été vivement conseillé que «le critère approprié soit négatif : en l'absence de lien clair entre les perceptions causées par le délire ou les hallucinations et la décision définitive» il faudrait présumer «que le mode de pensée du malade est rationnel»[822].

À l'occasion, des affaires permettent de comprendre ce qui peut être un critère inapproprié d'évaluation de la capacité. La jurisprudence a établi que la fixation d'un âge minimal pour le consentement au traitement, sous lequel le consentement d'un parent est nécessaire pour le traitement, est inconstitutionnel[823]. La décision prise par le malade n'est pas déterminante ou même pertinente en matière d'établissement de la capacité. Il faut évidemment faire une distinction entre le consentement au traitement et la décision prudente d'un malade ou son entente avec le médecin qui le traite[824].

Il est intéressant de noter que l'affaire *Lane v. Candura*[825]. examine les circonstances de l'application du critère de capacité faite par le médecin et non pas simplement les résultats de cette application. L'affaire traite du refus d'une dame âgée de consentir à l'amputation de son pied atteint de gangrène. Les médecins estimaient qu'elle n'était pas mentalement capable, en raison, partiellement, de son refus d'exposer les motifs de son refus de recevoir les traitements. Au lieu d'associer ce comportement à de l'incapacité, le tribunal a

---

[822] *Riese v. St. Mary's Hospital and Medical Center*, 24 Cal. Rptr. 241 (1987), pp. 253 et s.

[823] Voir *Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth*, 428 U.S. 52 (1975), pp. 72 et s. La décision visait l'exigence d'une loi du Missouri selon laquelle le consentement d'un parent était obligatoire pour l'avortement d'une malade de moins de dix-huit ans. Le tribunal a exprimé les motifs suivants :

> [Traduction]
> Les droits constitutionnels n'arrivent pas à maturité et ne prennent pas effet par magie une fois qu'une personne atteint l'âge de la majorité autorisé par l'État. Les mineurs, autant que les adultes, sont protégés par la constitution et possèdent des droits garantis par la constitution. [p. 74].

Le tribunal mentionne que même des enfants de dix ans ont demandé l'avortement. Il a déclaré de façon explicite que le fait d'annuler la disposition relative au consentement d'un parent ne signifie pas que tout mineur pourrait obtenir un avortement sans consentement, «indépendamment de son âge ou de sa maturité» [p. 75].

[824] *In the Matter of Schiller*, 372 A. 2d 360 (N.J., 1977); *Lane v. Candura*, 376 N.E. 2d 1232 (Mass., 1978); *U.S. v. Charters*, 829 F. 2d 479 (Virg., 1987).

[825] *Lane v. Candura*, 376 N.E. 2d 1232 (Mass., 1978).

déclaré que la malade avait simplement décidé de ne pas discuter de sa décision avec ses médecins. Bien que la décision de la malade ait été incertaine, le tribunal jugea que cet argument démontrait simplement qu'«elle hésitait dans son choix de ne pas subir l'opération» et qu'il ne prouvait pas qu'elle était frappée d'incapacité mentale.

La formulation des détails des différents critères varient selon les affaires, et la norme de capacité établie dans chaque catégorie varie en fonction de la formulation précise du critère. Quelle que soit la théorie sur laquelle est fondée le critère, les décisions reposent en grande partie sur les faits, et il est, par conséquent, très difficile d'évaluer les différents critères.

La jurisprudence américaine est de valeur inégale en ce qui a trait aux questions qui intéressent la présente enquête. La plus grande part de la jurisprudence américaine vise à atteindre ce qui est le «statu quo» en Ontario, concernant le caractère approprié du traitement, les droits à un procès équitable et la distinction entre la capacité et l'internement. Il est possible de faire certains parallèles constitutionnels, surtout en ce qui a trait au droit à la liberté et à un procès équitable. Toutefois, la plupart des articles de la Constitution américaine n'ont pas de parallèle direct dans celle du Canada, et le droit constitutionnel canadien a évolué en s'éloignant de son équivalent américain. Le droit de la Charte canadienne de la protection contre les traitements ou les peines cruels et inusités est plus large que le droit garanti par la Constitution des États-Unis, qui ne s'étend qu'aux peines. De plus, la Constitution des États-Unis ne garantit pas la protection contre la discrimination fondée sur les déficiences mentales, contrairement à la Charte canadienne. Par conséquent, La *Charte* est vraisemblablement plus directement pertinente dans les questions de la présente enquête que ne l'est la charte des États-Unis.

La jurisprudence américaine est pertinente en ce qui a trait à la distinction entre l'incapacité et l'abus d'influence. Avant 1974, les tribunaux anglo-canadiens avaient adopté une doctrine plus restrictive à l'égard de l'abus d'influence. Toutefois, depuis l'affaire *Lloyds bank v. Bundy*[826], en 1974, nos tribunaux sont plus réceptifs aux allégations d'abus d'influence. Bien que la portée exacte de la doctrine révisée ne soit pas encore bien définie, il semble que la jurisprudence canadienne puisse très bien se développer de manière semblable à la jurisprudence

[826] (1974) 3 All E.R. 757 (C.A.)

américaine, à cet égard[827]. Il n'est pas évident de savoir si la définition de la capacité à l'extérieur du cadre de l'abus d'influence sera modifiée de façon restrictive pour correspondre à la définition américaine.

[827] Nous traiterons davantage de ce sujet dans la section sur le droit canadien ultérieurement.

V. ÉVOLUTION HISTORIQUE AU CANADA

Historique de la common law

La jurisprudence canadienne en matière de capacité testamentaire et contractuelle s'est fortement inspirée du droit anglais du dix-neuvième siècle. En fait, ce n'est que récemment que les tribunaux anglo-canadiens font la distinction entre le droit canadien et le droit anglais. Comme nous l'avons souligné précédemment, les tribunaux anglais du dix-neuvième siècle ont élaboré un grand nombre de principes juridiques pour déterminer la question de capacité. Pendant la plus grande partie du siècle, la détermination judiciaire de la capacité tournait autour de la notion de délire, que les tribunaux considéraient être la condition essentielle pour qu'une personne puisse être jugée aliénée. Un autre courant jurisprudentiel en matière de déficience mentale avait établi une norme fonctionnelle de capacité, en exigeant que le sujet soit en mesure de comprendre un certain nombre de choses. En 1870, l'arrêt *Banks v. Goodfellow* marque un point tournant en droit anglais, puisqu'il est le premier à concilier ces deux courants de jurisprudence en établissant un critère unique, qui se réfère à la fois aux aptitudes fonctionnelles du sujet, et à la condition que les décisions du sujet ne soient pas le fruit d'un esprit délirant. Vers la fin du siècle dernier, les tribunaux se montraient déjà plus réticents à juger une personne incapable du seul fait qu'elle était en proie à des idées délirantes.

La jurisprudence canadienne ne semble pas reconnaître l'importance de l'arrêt *Banks v. Goodfellow*. Même si l'arrêt *Banks* est l'arrêt le plus souvent cité en la matière en jurisprudence canadienne, les tribunaux canadiens ont continué à citer, jusqu'à très récemment, des arrêts anglais plus anciens comme autorités, sans vraiment se demander comment ils auraient pu être modifiés par l'arrêt *Banks*. Ainsi, dans l'arrêt *Skinner c. Farquharson*[628], le tribunal a accordé relativement peu d'importance à la preuve d'incapacité générale par rapport à la preuve que le testateur était en proie à l'idée délirante que son épouse et son fils avaient des rapports incestueux. La définition d'«idée délirante» donné dans l'arrêt *Re Watts*, s'inspire manifestement de la jurisprudence du dix-neuvième siècle et des idées du philosophe de John Locke sur lesquelles elle s'est appuyée :

---

[628] *Skinner c. Farquharson* (1901), 32 S.C.R. 58.

[Traduction]
Une idée délirante a été définie comme étant une fausse croyance qui jaillit spontanément de l'imagination sans être fondée sur des faits ou des preuves, et dont la fausseté ne peut être démontrée à son auteur de quelque manière que ce soit, ni par argument ni par preuve[829].

Dans un arrêt de 1933, *Re Davis*, le tribunal s'est inspiré de l'arrêt anglais *Mudway v. Croft*, rendu en 1843, et a appliqué le critère suivant, considéré comme un facteur important pour déterminer la capacité du testateur :

[Traduction]
Ce n'est pas tant l'extravagance de la pensée ou des sentiments qui dénote la démence. C'est plutôt le changement prononcé du caractère, ou le changement dans le mode de pensée, les sentiments et les actes, sans cause externe apparente[830].

En outre, le tribunal a estimé qu'une personne devait jouir d'une mémoire normale pour avoir la capacité de tester[831]. Le tribunal a cité d'anciens arrêts canadiens en la matière ainsi que des arrêts écossais du dix-neuvième siècle[832]. L'arrêt *Banks* a été cité aussi. Cependant, même si les tribunaux canadiens commençaient à employer de plus en plus le critère proposé dans l'arrêt *Banks*, ils ont quand même continué d'appliquer les principes tirés de l'ancienne jurisprudence anglaise.

Le droit canadien reprend l'ensemble des critères élaborés par la jurisprudence anglaise en matière d'incapacité. À l'instar des jugements anglais qui ont suivi l'arrêt *Banks*, la jurisprudence canadienne considère que les idées délirantes sont un facteur pertinent dans la mesure où ils influent sur les décisions du testateur ou du contractant[833]. Plusieurs arrêts ont jugé qu'un «esprit sain capable de tester» était une condition essentielle, comme ce fut le cas dans certains

---

829 Re Watts, [1933] 2 D.L.R. 800 (C.S.N.B. - D.A.), p. 800.

830 *Re Davis*, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.)

831 Ce critère a aussi été jugé particulièrement important dans l'arrêt *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, p. 296.

832 Le tribunal a notamment cité les arrêts *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287 et *Simpson v. Gardner's Trustees* (1833), 11 Ct. of Sess. Cas. 1049. Plusieurs arrêts anglais du dix-neuvième siècle ont aussi souligné l'importance d'une mémoire normale, quoique ce critère était déjà moins déterminant à cette époque qu'il ne l'était précédemment.

833 Voir par exemple les arrêts *Skinner c. Farquharson* (1901), 32 S.C.R. 58; *McDonald Estate, Re* (1914), 15 D.L.R. 558 (N.S. Probate); *Re Watts*, [1933] 2 D.L.R. 800 (C.S.N.B.--D.A.); *Ouderick v. Ouderick*, [1936] S.C.R. 619.

arrêts anglais, notamment l'arrêt *The Marquess of Winchester's Case*[834] et les arrêts du dix-neuvième siècle qui ont suivi. En 1944, la Cour suprême du Canada, citant l'un de ces arrêts, a défini cette notion comme suit :

> [Traduction]
> Une personne «saine d'esprit et capable de tester» est en mesure de comprendre, de sa propre initiative et volonté, les éléments essentiels de la rédaction d'un testament : une appréciation des biens légués, l'objet des dispositions, les revendications légitimes de ses proches, la révocation des dispositions existantes, et ainsi de suite... Le seul fait de pouvoir donner des réponses rationnelles ne suffit pas. Il ne suffit pas non plus de pouvoir répéter des formules simples que l'on a apprises par coeur. La personne doit avoir la faculté de diriger son esprit de manière à pouvoir appréhender son geste dans son ensemble. Je suis convaincu que ce n'est pas le cas en l'espèce[835].

À l'instar des arrêts anglais du dix-neuvième siècle qui exigeaient que le sens moral du sujet ne soit pas vicié par la maladie, l'arrêt *Re McDonald Estate* a conclu que «[Traduction] si ce désordre mental a corrompu son affection envers ses proches, s'il a dénaturé son sens de ce qui est bien ou s'il l'a empêché d'exercer ses facultés naturelles...si sa méfiance et son aversion démentes se sont substituées à son affection naturelle, le testament qu'il a fait en de pareilles circonstances ne peut être valide»[836]. Dans la plupart des cas, conformément à l'arrêt *Banks*, les tribunaux canadiens exigent que le testateur comprenne la valeur des biens qu'il entend léguer et les liens de parenté qui l'unissent à ceux qui auraient un droit «naturel» à sa succession[837]. D'autres arrêts déclarent simplement que le sujet n'était pas en mesure de comprendre ce qu'il faisait au moment de signer le document[838].

Les règles de preuve en matière de capacité testamentaire ou contractuelle sont généralement semblables à celles que l'on applique dans les arrêts anglais.

---

[834] (1598), 6 Co. Rep. 32a.

[835] *Léger et Michaud c. Poirier*, [1944] S.C.R. 152, p. 161 et s. Outre l'arrêt *The Marquess of Winchester's Case*, le tribunal a cité l'arrêt *Marsh v. Tyrell and Harding* (1828), 2 Hagg. Ecc. 84 et d'autres arrêts canadiens, notamment l'arrêt *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287. Voir aussi l'arrêt ontarien plus récent *Re Davis*, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.O.).

[836] *McDonald Estate, Re* (1914), 15 D.L.R. 558 (N.S. Probate), p. 560.

[837] *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, p. 318; *Romanko et Romanko c. Hawrysh et Sametz*, [1936] 3 W.W.R. 12 (C.A. Sask.); *Beal c. Henri*, [1950] O.R. 780 (C.A.). Par ailleurs, l'exposé sur l'admissibilité de la preuve dans l'arrêt *Eady v. Waring* (1974), 2 O.R. (2d) 627 (C.A.O.), p. 639 s'appuie manifestement sur le critère énoncé dans l'arrêt *Banks*.

[838] Voir, par exemple, les arrêts *Re Rogers, Rogers c. Rogers* (1963), 39 D.L.R. (3d) 141 (C.A.C.B.), p. 145 et *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.).

En règle générale, le tribunal examine le document par rapport à l'ensemble des circonstances de la vie du sujet. Dans une action testamentaire, les testaments antérieurs sont admissibles en preuve et extrêmement pertinents. Même s'il s'agit avant tout de déterminer la capacité du sujet au moment où le document a été passé[839], la preuve qui démontre la capacité à d'autres moments à la même époque que la passation est pertinente aussi. La Cour d'appel de l'Ontario a expliqué ainsi la portée d'une preuve pertinente présentée dans une action testamentaire :

> [Traduction]
> Même si le tribunal chargé d'homologuer un testament doit ultimement déterminer si le testateur avait ou non la capacité de tester au moment de la passation de son testament, la Cour devra dans la plupart des cas s'appuyer largement sur une preuve circonstancielle. Il est tout à fait approprié d'apprécier les antécédents du testateur, le type de biens qu'il possédait, les membres de sa famille et d'autres qui devraient normalement être l'objet de sa générosité et le lien qui les unit à lui ainsi que sa capacité à l'époque qui suit la passation du testament, dans la mesure où ces éléments permettent de déterminer sa capacité au moment de la passation. La preuve que le testateur souffrait d'incapacité à une date ultérieure ne permet évidemment pas d'établir l'incapacité au moment de la passation du testament en litige. Toutefois, cet élément peut être pertinent. Sa valeur probante dépend de la période qui s'est écoulée entre la passation du testament et le moment où l'incapacité est prouvée ainsi que le rapport que celle-ci peut avoir avec les événements survenus avant la passation, pendant celle-ci, où à la même époque[840].

Malgré ses nombreux emprunts à la jurisprudence anglaise, la jurisprudence canadienne a évolué dans un sens qui lui est propre. Ceci lui a permis d'élaborer des règles qui se distinguent du modèle anglais à de nombreux égards, dans la mesure où les arrêts canadiens font certaines nuances et mettent l'accent sur certains aspects qui ne sont pas toujours les mêmes qu'en droit anglais.

La preuve médicale joue un rôle ambigu en jurisprudence canadienne. D'une part, la preuve médicale semble maintenant faire partie intégrante de toute procédure en matière d'incapacité. Comme nous le signalerons ci-dessous, les lois provinciales exigent le témoignage de deux professionnels de la santé pour obtenir un jugement d'interdiction. De la même manière, il est difficile d'imaginer qu'une affaire en matière de capacité testamentaire ou contractuelle puisse être entendue sans le témoignage de professionnels de la santé. Les arrêts rapportés indiquent que les juges ont tendance à considérer une preuve médicale très sérieusement et qu'ils tentent de comprendre l'affection diagnostiquée chez le sujet. Parfois, les tribunaux se fondent sur le fait qu'il existe un rapport entre le délire et une affection organique diagnostiquée à l'origine de l'aliénation mentale pour distinguer

---

[839] Ou, dans le cas d'un testament, au moment où l'avocat a reçu les directives de rédiger celui-ci.

[840] *Eady v. Waring* (1974), 2 O.R. (2d) 627 (C.A.O.), p. 639.

entre l'incapacité et un simple comportement erratique ou excentrique. C'est ce qui ressort du commentaire suivant du juge Taschereau, dans l'arrêt *Skinner c. Farquharson :*

> [Traduction]
> La preuve au dossier n'est pas suffisante pour annuler le testament. D'abord, il n'est pas clair dans mon esprit que la croyance du testateur que son épouse avait été coupable de l'abominable crime en question était, à l'origine, attribuable au délire, même si elle n'était pas du tout fondée. Une telle croyance, fondée ou non, serait incontestablement de nature à rendre fou un homme qui serait hanté par cette idée. Cependant, je ne puis admettre qu'un homme qui entretient de tels soupçons soit nécessairement dément au départ, et par le fait même, incapable, simplement parce que ses soupçons sont non fondés[841].

D'autre part, les tribunaux font la distinction très nette entre le diagnostic médical et la détermination juridique de l'incapacité. En principe, la valeur probante et la fiabilité de la preuve d'experts médicaux ne sont pas supérieures à celles d'une preuve présentée par des profanes qui ont pu connaître le sujet davantage. L'arrêt *Davis* énonce le principe suivant à cet égard :

> [Traduction]
> L'évaluation de la capacité de tester consiste à déterminer si la personne jouit des facultés mentales nécessaires pour pouvoir sciemment disposer de ses biens. Il s'agit d'une question de fait, à laquelle peut répondre le profane doué du sens commun, aussi bien que le médecin, dans la mesure où la preuve de la capacité est fondée sur l'observation et l'expérience par opposition à une preuve d'état pathologique. ... Dans son exposé au jury [dans l'arrêt *Boughton and Marston v. Knight* (1873), 3 P & D 64], le juge s'était exprimé comme suit, à la p. 67 :
>
> > [Traduction]
> > Je tiens maintenant à vous faire remarquer un principe que vous devrez toujours garder à l'esprit lorsque vous apprécierez les faits de cette affaire : il s'agit essentiellement d'une question pratique, qui doit être appréciée à la lumière du sens commun, et qui ne dépend pas uniquement d'une définition scientifique ou juridique[842].

Les tribunaux peuvent tenir compte de toutes sortes de circonstances qui entourent la passation d'un testament ou d'un contrat pour apprécier la capacité, et ils ne se sentent aucunement liés par la seule preuve médicale.

---

[841] *Skinner c. Farquharson* (1901), 32 S.C.R. 58, p. 59. Voir aussi l'arrêt *Beal c. Henri*, [1950] O.R. 780 (C.A.), où il a été jugé que le fait pour un ex-mari de réclamer une part du fonds de commerce de son épouse et de faire enregistrer la raison sociale de l'entreprise en son nom sous le régime du Partnerships Act, étaient les gestes d'un ex-conjoint malicieux et désagréable, plutôt que les effets de l'aliénation mentale. En conséquence, la capacité du mari a été confirmée.

[842] Voir, par exemple l'arrêt *Re Davis*, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.O.).

Les éléments de preuve qui se rapportent à la passation du document en cause sont plus importants que la preuve médicale. Par exemple, dans une affaire où il serait question de la capacité de tester, une différence marquée par rapport aux testaments antérieurs pourrait amener le tribunal à mettre en doute la capacité du testateur, si le testateur souffrait de débilité notoire[843], et particulièrement si la preuve montrait que les légataires avaient exercé des pressions sur lui. Lorsque le tribunal se met à douter, il «[Traduction] redouble de vigilance et d'attention lorsqu'il examine la preuve soumise au soutien de l'acte, et ne se prononcera pas en faveur de sa validité à moins que ce doute ne soit dissipé et qu'il ne soit judiciairement convaincu que le document soumis à l'homologation exprime véritablement la volonté du défunt»[844]. Quoique cette doctrine existe aussi en Angleterre, elle est généralement limitée aux cas où la personne qui a rédigé ou procuré le testament se trouve aussi à en être le bénéficiaire. Puisque cette limite n'existe pas en droit canadien[845], on peut véritablement parler d'une doctrine canadienne.

En général, le droit canadien suit le droit anglais en matière de présomption de capacité et de fardeau de la preuve. À l'instar du droit anglais, la capacité se présume, et dans un procès fondé sur un contrat, il incombe normalement à la partie qui allègue l'incapacité de la prouver[846]. La question à savoir si l'homologation du testament a pour effet de renverser le fardeau de la preuve au moment d'une contestation subséquente de la capacité testamentaire du testateur a fait l'objet de controverses. Le commentaire suivant, tiré d'un arrêt ontarien de

---

[843] Voir *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, pp. 291 et s.

[844] *Anderson et Houge c. Walkey et Manson*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.), qui cite un passage de l'arrêt *Barry v. Butlin* (1838), Moore P.C. 480. Voir aussi *Léger et Michaud c. Poirier*, [1944] S.C.R. 152, p. 165.

[845] Voir Eady v. Waring (1974), 2 O.R. (2d) 627 (C.A.O.)., pp. 642 et s.

[846] Voir, par exemple, les arrêts *Léger et Michaud c. Poirier*, [1944] S.C.R. 152; *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.). Le droit en matière de dons fait exception à cette règle, puisque c'est à la personne qui cherche à faire homologuer le don de prouver la capacité du donateur. Ce principe a été étendu aux nominations de bénéficiaires privilégiés dans les contrats d'assurance-vie et les contrats de rente. Dans des actions opposant les nouveaux bénéficiaires aux anciens, il a été jugé que le fardeau incombe à celui qui cherche à maintenir la désignation contractuelle : voir *Re Rogers, Rogers c. Rogers* (1963), 39 D.L.R. (3d) 141 (C.A.C.B.), *Stewart v. Nash* (1988), 65 O.R. (2d) 218 (O.H.C.J.). Dans un arrêt récent de la Colombie-Britannique, *Gillis v. Hulton*, [1988] B.C.J. #846 (C.S.C.B.), le tribunal a jugé que le fardeau de prouver la capacité incombait à la partie qui demandait l'exécution du contrat. En l'espèce, le défendeur avait soulevé une exception semblable à celle de l'abus d'influence, ce qui porte à croire que le fardeau imposé s'expliquait peut être par les faits particuliers de l'affaire.

1961, laisse entendre que cette question, et la question du fardeau dans son ensemble, est peut être d'une importance secondaire :

> [Traduction]
> Cependant, pour que le fardeau devienne un facteur déterminant en l'espèce, le tribunal doit être d'avis que la preuve présentée de part et d'autre est à ce point équilibrée, qu'il lui est impossible de trancher avec certitude. Le fardeau déterminera alors l'issue du litige. Toutefois, si le tribunal, après avoir entendu et apprécié la preuve, en arrive à une conclusion ferme, la question du fardeau n'est pas pertinente et le tribunal n'a plus à en tenir compte[847].

En droit canadien, les personnes présentes au moment de la signature d'un document ont une responsabilité plus lourde de s'assurer que le signataire jouit de la capacité voulue pour le faire. Comme le montre le passage suivant, tiré de l'arrêt *Murphy c. Lamphier*, le fait, pour un avocat, de ne pas poser certaines questions raisonnables qui lui permettraient de déterminer si le testateur jouit ou non de la capacité, peut être un facteur dont on tient compte pour faire invalider le testament :

> [Traduction]
> Il aurait été si facile, pour l'avocat, de profiter de l'occasion d'une entrevue confidentielle avec sa cliente, si la vieille dame était effectivement si lucide et avait une si grande envie de modifier son testament, pour lui demander pourquoi elle divisait le terrain et pourquoi elle écartait son mari de la succession. Les choses auraient été tellement plus claires si la vieille dame avait donné les raisons qui sont maintenant alléguées pour expliquer son geste... . Hélas, cette précaution n'a pas été prise et cette omission fait douter davantage de la validité du testament de 1912.
>
> ***
>
> Dans son premier texte, Jarman fait quelques suggestions qui seront d'une aide précieuse aux personnes qui reçoivent des directives pour la rédaction d'un testament. Sa première phrase se lit comme suit : «[Traduction] De toutes les tâches qui incombent à l'avocat, celle qui exige le jugement le plus solide, le plus perspicace et le plus éclairé est celle qui consiste à noter les directives données pour la rédaction d'un testament.» Il termine avec une citation de Sir John Nicholl, qui affirmait que lorsque la partie intéressée donnait des directives, l'avocat était tenu de s'assurer, avant la signature du testament, de la volonté et de la capacité du testateur, ou, en d'autres mots, de s'assurer que le document exprime les véritables intentions testamentaires d'un testateur capable.
>
> Cette dernière mise en garde est d'autant plus importante lorsque le testateur est dans un état de décrépitude physique ou mentale, ou lorsqu'il existe des raisons de douter qu'il a l'esprit et la mémoire suffisants pour effectuer l'opération[848].

---

[847] *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.).

[848] *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, pp. 315 et s. et 319; cet arrêt a été cité et suivi par l'arrêt *Re Davis*, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.O.). Dans l'arrêt *Murphy*, le tribunal signale que dans le cas des personnes qui ont besoin de protection et de conseils, il est important de déterminer s'il existe un testament antérieur ainsi que son contenu, pour essayer de connaître les raisons qui motivent les différences et les modifications; p. 320.

Comme c'est le cas en jurisprudence anglaise, il existe relativement peu d'arrêts canadiens rapportés, jusqu'à ces dernières années du moins, qui appliquent la doctrine de l'abus d'influence à l'égard de personnes souffrant d'incapacité relative. La distinction qui existe entre le droit anglo-canadien et le droit américain à cet égard ressort clairement des faits de l'arrêt *Murphy c. Lamphier* :

> [Traduction]
> Voici, en résumé, les faits extraordinaires qui méritent d'être examinés plus attentivement par le tribunal : a) le testament a été rédigé pendant la courte période où Mme Lamphier été éloignée de son époux; b) le testament ne fait aucunement mention de ses protecteurs naturels et elle n'a jamais communiqué avec ces derniers pendant la rédaction du testament; c) le testament a été fait pendant qu'elle était sous la garde et sous les soins de deux filles mariées qui étaient insatisfaites d'un testament précédent et qui avaient récemment tenté de le faire modifier; d) le testament a été fait par une vieille dame presqu'octogénaire, dont les facultés mentales étaient diminuées par la sénilité et une maladie progressive du cerveau; e) le testament a été rédigé par un avocat qui ne pouvait pas être considéré comme un conseiller indépendant et qui n'avait pas été choisi par la testatrice; f) il a été fait sous l'impulsion du moment, et la méthode de disposition testamentaire, qui remontait à neuf ans et qui avait toujours été respectée pendant une série de testaments jusqu'à celui de 1911, a été subitement remplacée et annulée par la méthode de partage égal, souhaitée par mesdames Brown et Hayes et d'autres opposants[849].

Le tribunal est venu à la conclusion que la testatrice avait effectivement été victime d'abus d'influence de la part de sa fille[850]. Pourtant, la partie qui contestait le testament avait plaidé l'incapacité de la testatrice plutôt que l'abus d'influence.

Plusieurs raisons expliquent cette stratégie. Premièrement, dans les procédures fondées sur l'abus d'influence, le fardeau de la preuve repose sur la partie qui allègue l'abus d'influence. Dans une action testamentaire, il s'agira de la partie qui conteste le testament. Une contestation fondée sur l'incapacité alléguée du testateur a donc, au départ, plus de chances d'être accueillie puisque le fardeau de la preuve incombe alors à la partie adverse[851]. Cette distinction n'existe pas en droit américain, où la partie qui conteste le testament a toujours le fardeau de la preuve. Deuxièmement, les tribunaux anglo-canadiens hésitaient, jusqu'à récemment, à accueillir l'argument d'abus d'influence en l'absence d'une preuve très convaincante, qui indiquerait presque l'intention malicieuse, comme le

---

[849] *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, pp. 307 et s.

[850] *Murphy c. Lamphier* (1914), 31 O.L.R. 287, p. 314.

[851] Voir *Stewart v. Nash* (1988), 65 O.R. (2d) 218 (O.H.C.J.)

montre le passage suivant, tiré de l'arrêt *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, rendu en 1961 :

> [Traduction]
> Il n'y a aucun doute qu'une action fondée sur le dol ou l'abus d'influence peut s'appuyer uniquement sur une preuve indirecte ou circonstancielle. Cependant, pour faire invalider un testament fait par une personne saine d'esprit, il faut prouver que les circonstances dans lesquelles le testament a été passé n'admettent aucune autre explication que l'abus d'influence. Celle-ci ne se présume pas. Elle doit être prouvée, et cette preuve doit montrer que l'abus d'influence portait sur le testament lui-même. Il ne faut rien imputer à la défenderesse qui ne puisse être prouvé[852].

Le tribunal a poursuivi en soulignant que la preuve ne permettait pas de conclure que la défenderesse «[Traduction] complotait en vue de priver de son héritage celle qui aurait normalement dû être l'objet de la générosité du testateur»[853]. Enfin, les facteurs qui permettraient de conclure qu'il y avait eu abus d'influence sont ceux-là mêmes qui constituent les «circonstances suspectes», mentionnées précédemment. Il serait alors très difficile pour la personne qui soumet le testament à l'homologation de renverser le fardeau très lourd qui lui incomberait[854].

Depuis l'arrêt *Lloyds Bank v. Bundy*[855], la doctrine de l'abus d'influence a pris de l'ampleur en droit anglo-canadien. Il est maintenant plus fréquent que l'on applique cette doctrine aux cas de personnes souffrant d'incapacité relative. Les arrêts récents en la matière se rapprochent beaucoup du droit américain. Pour qu'il y ait ouverture à cette doctrine, il faut qu'il y ait eu transfert moyennant une contrepartie insuffisante. Il faut aussi que les parties aient été liées ou bien par un rapport de dépendance ou bien par un rapport confidentiel ou fiduciaire. Ces circonstances font naître une présomption d'abus d'influence, qui peut cependant être renversée[856]. Depuis l'arrêt *Bundy*, il existe maintenant de la jurisprudence qui prévoit que le défaut de fournir des conseils juridiques indépendants dans de telles

---

[852] *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.).

[853] *Anderson et Houge c. Walkey et Mason*, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.O.).

[854] C'est ce qui est arrivé d'ailleurs dans l'arrêt *Murphy c. Lamphier*.

[855] *Lloyds Bank v. Bundy* (1974), 3 All E.R. 757 (Cour d'appel d'Angleterre).

[856] Voir, par exemple les arrêts *Marshall c. Canada Permanent Trust* (1968), 69, D.L.R. (2d) 260 (C. s. de l'Alberta.); *Shoop v. Tanner* [1986] S.J. #678 (C. s. de la Sask.); *Gammon v. Steeves*, [1987] N.B.J. # 1046 (C.A.N.B.); *Stewart v. Nash* (1988), 65 O.R. (2d) 218 (O.H.C.J.).

situations peut créer une forte présomption d'abus d'influence[857]. Il semble désormais clair que les tribunaux sont moins réticents à invalider un testament pour cause d'abus d'influence qu'ils ne l'étaient à l'époque de l'arrêt *Anderson*. Il se peut que la doctrine de l'abus d'influence prenne encore plus d'ampleur en droit canadien en matière de capacité.

Lois canadiennes : perspective historique

Le cadre législatif du droit canadien soulève sensiblement le même problème qu'en droit américain. Les divers domaines du droit civil, notamment le droit des contrats et le droit testamentaire, le droit en matière d'incapacité mentale et le droit de la santé en général relèvent principalement de la compétence des provinces. Le droit canadien varie donc selon chacune des dix provinces et des deux territoires. En outre, le droit qui régit les personnes jugées non coupables pour cause d'aliénation mentale ou inaptes à subir leur procès est principalement, mais peut être pas exclusivement, de compétence fédérale, ce qui complique la situation davantage[858]. Cependant, comme c'est le cas aux États-Unis, il est possible de dégager certains principes généraux en rapport avec les diverses lois canadiennes.

Nous commencerons d'abord par dresser un tableau du droit ontarien, avec lequel nous pourrons ensuite comparer les règles de droit en vigueur dans les autres provinces. À l'époque coloniale, quelques unes des lois anglaises gouvernaient aussi le Haut-Canada[859]. Parmi les textes de lois en vigueur, il y avait le *De Prerogativa Regis*, un certain nombre de lois impériales concernant l'administration des biens des personnes jugées incapables et la loi de 1742 qui prévoyait que le mariage d'une personne jugée aliénée après enquête était frappé

---

857 *Gammon v. Steeves*, [1987] N.B.J. #1046 (C.A.N.B.), pp. 9 et s.

858 La plupart des dispositions qui régissent la question des personnes jugées non coupables pour cause d'aliénation mentale ou inaptes à subir leur procès se trouvent dans le *Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-42. Les dossiers de la plupart de ces personnes sont traités par le Lieutenant Governor's Board of Review, un organisme établi en vertu du *Code criminel*, dont les membres sont nommés par l'administration provinciale. La *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, prétend régir les personnes détenues en vertu du *Code*, plus spécialement pour ce qui est des traitements qui leur seraient administrés (voir l'alinéa 35c). La constitutionnalité de ces dispositions n'a pas été mise à l'épreuve.

859 La région actuelle de l'Ontario méridional s'appelait jadis le Haut Canada ou le Canada occidental. Pendant une partie du dix-neuvième siècle, le sud de l'Ontario et le sud du Québec actuels formaient une seule province, appelée simplement «Canada».

de nullité absolue. Ces lois ont continué de s'appliquer en Ontario après la Confédération. Certaines dispositions ont même été adoptées de nouveau dans le supplément des Consolidated Statutes of Ontario (Lois refondues de l'Ontario) à la fin du dix-neuvième siècle[860].

Comme nous l'avons déjà vu, le droit anglais plaçait les faibles d'esprit et les aliénés sous la garde du roi en vertu des pouvoirs de la Prérogative royale. En pratique, cette charge était exercée par le Lord Chancellor et, plus tard, par les juges de la Court of Chancery. Ces derniers n'avaient aucune juridiction inhérente et ils se voyaient accorder leur autorité par le roi par le biais d'une commission spéciale en vertu du sign manual. Ceci a créé une certaine confusion en Haut-Canada. En effet, l'on se demandait qui pouvait exercer cette compétence, puisqu'il n'était pas clair comment les dispositions du sign manual s'appliquaient. En 1846, une loi canadienne est venu mettre un terme à ces doutes en accordant explicitement cette juridiction aux juges de la Court of Chancery de ce qui était auparavant le Haut-Canada[861]. Cette loi renfermait aussi certaines dispositions relatives à l'administration des biens et à la procédure à suivre pendant les enquêtes. Pour plus de certitude, sans doute, et à l'instar de la plupart des autres lois de l'époque en matière d'aliénation mentale, cette loi précisait que l'expression «aliéné» comprenait «[Traduction] l'idiot et les autres personnes qui ne jouissent pas de toutes leurs facultés mentales»[862]. Les procédures qui régissaient les enquêtes en matière d'aliénation mentale furent simplifiées en 1857, de sorte que la procédure complète n'était mise en branle que dans les cas où il y avait un doute raisonnable quant à l'aliénation mentale de l'intimé[863]. Les dispositions des

---

860 Voir, par exemple, la loi intitulée «*An Act Respecting Lunatics* (2), C.S.O. 1897, chap. 341.

861 Voir la loi intitulée *An Act to remove certain doubts as to the jurisdiction conferred upon the Court of Chancery in Upper Canada, in matters relating to Lunatics, Idiots, and persons of unsound mind, and their Estates*, 9 Victoria (1846), chap. 10.

862 Ibid, art. 1. D'après le droit anglais de l'époque, il n'aurait pas été nécessaire de démontrer que l'intimé se classait dans l'une des catégories restreintes d'aliénation mentale, définies par le common law avant le dix-neuvième siècle. Voir aussi la loi intitulée *Lunatic's Estates Act*, S.A. 1916, chap. 11, art. 1.

863 Voir 20 Victoria (1857) chap. 56, art. 5. On trouve encore une version de cette disposition dans la *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264, art. 7 (1), qui permet au tribunal de rendre un verdict d'incapacité mentale sans ordonner de procès pour trancher la question dans les cas où la requête est accompagnée de documents qui permettent d'établir l'incapacité au delà de tout doute raisonnable.

lois de 1846 et 1857 ont été incorporées à la loi intitulée *Court of Chancery Act, 1859*[864].

La procédure d'enquête complète fut abolie en 1865. Par la suite, les procès pour déterminer si une personne souffrait d'aliénation mentale suivaient sensiblement la même procédure que tout autre procès civil. Il n'était plus obligatoire que le procès se fasse devant jury, quoique l'intimé avait toujours le droit d'exiger que la question de l'incompétence soit décidée par un jury[865].

Les parties de la *Court of Chancery Act* qui portaient sur l'aliénation mentale furent retranchées de cette loi en 1887. Ces dispositions sont donc devenues la toute première *Lunacy Act* ontarienne[866]. Les dispositions de cette loi n'ont innové en rien par rapport au droit existant. La nouveauté tenait plutôt du fait qu'elles fassent désormais l'objet d'une loi distincte. Cependant, jusqu'à ce que la *Lunacy Act* soit adoptée, en 1909[867], la procédure en ce domaine était appliquée de pair avec le droit hérité d'Angleterre.

Contrairement aux lois régissant les enquêtes en matière d'aliénation mentale, les lois anglaises sur l'assistance publique n'étaient pas en vigueur en Ontario. Par conséquent, les lois anglaises en matière de construction d'asiles d'aliénés et l'admission à ces établissements ne s'appliquaient pas ici. Néanmoins, l'Ontario a vite emboîté le pas et a commencé à son tour la construction d'un réseau d'asiles. La première loi portant sur les soins et l'entretien des aliénés fut celle qui, en 1830, leva un impôt pour l'entretien et le soutien des personnes démunies souffrant de démence[868]. Cette loi ne prévoyait pas encore la construction obligatoire d'asiles d'aliénés. Cette étape a été franchie en 1839[869], à peine trente

---

[864] *Court of Chancery Act*, 22 Victoria (1859), chap. 12, articles 31 et ss.

[865] *An Act to Amend the Consolidated Statute respecting the Court of Chancery*, 28 Victoria (1865) chap. 17, art. 5. Le droit pour l'intimé d'exiger que la question de l'incompétence soit décidée par un jury est toujours prévu à l'article 9 de la *Loi sur l'incapacité mentale*.

[866] *An Act respecting Lunatics*, 50 Victoria (1887) chap. 54.

[867] *Lunacy Act* (Ontario), 9 Edward VII (1909), chap. 37.

[868] *An Act to authorize the Quarter Sessions of the Home District to Provide for the relief of insane destitute persons in that District*, 11 George IV (1830), chap. 20.

[869] *An Act to authorise the erection of an Asylum within this Province, for the reception of Insane and Lunatic persons*, 2 Victoria (1839), chap. 11.

et un ans après que l'autorité pour lever des impôts pour financer les asiles ait été accordée en Angleterre, et sept ans avant que la construction d'asiles ruraux n'y devienne obligatoire. En outre, la loi de 1839 a été la première à prévoir des critères d'internement. Elle exigeait notamment que l'état d'aliénation soit attesté par trois médecins qualifiés[870].

À la fin du dix-neuvième siècle, les lois anglaises sur l'assistance publique qui régissaient la construction et l'administration d'asiles ainsi que les critères d'admission à ces établissements furent consolidés avec les lois régissant les aliénés criminels et les enquêtes en matière d'aliénation[871]. Une telle consolidation n'a jamais eu lieu en Ontario, de sorte qu'aujourd'hui encore, l'établissement d'asiles, les normes d'admission à ces établissements et l'appréciation de la capacité mentale en générale sont régies par plusieurs lois.

À l'instar de l'Ontario, d'autres provinces se sont inspirées, au dix-neuvième siècle, du droit anglais en matière d'aliénation mentale. Par exemple, reprenant une règle anglaise de common law[872], certaines lois provinciales prévoyaient qu'une personne devait représenter un danger réel avant que l'on puisse l'interner. Par exemple, la loi de Nouvelle-Écosse exigeait que «[Traduction] les circonstances dénotent un désordre de l'esprit et l'intention de commettre un crime qui, s'il était commis, rendrait son auteur passible d'une poursuite pénale»[873]. L'adoption, en 1897, de la *Lunacy Act* de Colombie-Britannique constitue un exemple encore plus frappant de la manière dont le droit canadien s'inspirait du droit anglais. Les commissaires auraient incorporé cette loi aux lois refondues de cette province, conformément à leur mandat «[Traduction] d'apporter les corrections qu'ils

---

870 Art. 6.

871 Voir la *Lunacy Act 1890*, 53 Victoria (1890) chap. 5.

872 Voir, par exemple, l'arrêt *Nottidge v. Ripley*, (1849, Middlesex Nisi Prius).

873 Voir la loi intitulée *Insanity Act*, R.S.N.S. 1900, chap. 125. Cette disposition demeure en vigueur aux fins des procédures d'internement judiciaire en application de la loi intitulée *Incompetent Persons Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 135 (voir art. 17). Il semble que cet article n'est presque jamais invoqué et presque tous les internements en Nouvelle-Écosse sont traités sous le régime moins onéreux de la loi intitulée *Public Hospitals Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 249. La Colombie-Britannique a brièvement imposé une norme semblable à celle qui a été citée. Voir la loi intitulée *Insane Asylums Act Amendment Act*, 56 Victoria (1893) chap. 18, art. 4. Cette norme a été remplacée peu de temps après par la condition moins exigeante que l'individu soit «[Traduction] dément et qu'il représente un danger s'il était en liberté». Voir la loi intitulée *Lunacy Act*, 60-61 Victoria (1897) chap. 17, art. 13. Cette norme a en outre été adoptée par l'Alberta en 1907. Voir la loi intitulée *Insanity Act*, S.A. 1907, chap. 7, art.2.

jugeaient opportunes et d'ajouter de nouvelles lois s'il y lieu». Cette loi reprenait textuellement certaines dispositions de la loi anglaise de 1890, et a été adoptée en même temps que les lois refondues, en 1897[874].

Les lois canadiennes se distinguaient de leurs modèles anglais à certains égards cependant. Ainsi, les lois canadiennes en matière d'aliénation mentale n'ont jamais repris la vaste gamme de dispositions administratives élaborées par le droit anglais. Ces dispositions pouvaient porter sur une foule de sujets, allant des prescriptions en matière de régime alimentaire et de culte religieux, jusqu'aux règles touchant l'emploi de la force.

Très tôt, les lois concernant les asiles et l'internement ont établi un rapport entre l'institutionnalisation et l'administration des biens du malade par l'État. Par exemple, la loi albertaine de 1907 prescrivait la tenue de l'enquête supplémentaire suivante lorsqu'une personne était internée dans le cadre d'un procès civil :

> [Traduction]
> Si le juge est convaincu que la personne arrêtée est démente et qu'elle représenterait un danger si elle demeurait en liberté, en d'autres mots, si elle doit être internée civilement, il doit en outre s'enquérir des biens que possède cette personne, des personnes à sa charge, le cas échéant, et de toutes les autres questions énumérées à la formule E dans l'annexe de cette Loi pour qu'il puisse déterminer si cette personne doit être prise en charge ou non en tant qu'indigent démente[875].

Dès 1916, l'Administrator of Lunatics' Estates (l'administrateur des biens des aliénés mentaux) était chargé par la loi d'agir à titre de curateur de toutes les personnes internées dans les établissements psychiatriques de l'Alberta[876]. En Colombie-Britannique, le directeur de l'asile agissait, dès 1897, à titre de curateur des biens des personnes internées dans son établissement. Ce fut le cas en Ontario dès 1887[877]. En vertu des lois générales en matière d'incapacité, l'institutionnalisation ne justifiait pas à elle seule un verdict d'aliénation mentale[878].

---

[874] Voir la *Lunacy Act*, 60-61 Victoria (1897), chap. 17.

[875] S.A. 1907, chap. 7 art. 6.

[876] Voir la loi intitulée *Lunatics' Estates Act*, S.A. 1916, chap. 11, art. 3. Consolidé dans R.S.A. 1922, chap. 225, art 4.

[877] Voir la loi intitulée *Lunacy Act* (Colombie-Britannique), 60-61 Victoria (1897), chap. 17, et la loi intitulée *An Act respecting Lunatics* (Ontario), 50 Victoria (1887), chap. 54.

[878] Voir, par exemple, l'arrêt *Re Young*, [1942] O.R. 301 (C.A.O.).

Par conséquent, l'administration des biens par le curateur public était à toute fin pratique à l'abri de toute contestation.

Le rapport qui existait entre l'internement et la déchéance automatique du droit d'administrer ses propres biens fut maintenu jusque vers le milieu ou la fin des années 1960. La fin de ce système est généralement attribuée à la reconnaissance des droits civils des malades psychiatriques. Il est néanmoins intéressant de remarquer que ce changement est survenu quelques années après la mise sur pied du régime d'assurance maladie universelle, et la réduction correspondante de la contribution personnelle au coût des soins.

Plusieurs lois qui régissent les enquêtes en matière d'aliénation mentale n'ont pratiquement pas changé depuis le dix-neuvième siècle. À titre d'exemple, citons la loi de Nouvelle-Écosse intitulée *Incompetent Persons Act*[879] qui, à l'exception d'un changement de titre et l'ajout d'une définition de «personne démente ou aliénée», pas très pratique au demeurant, n'a pratiquement pas changé depuis la fin du siècle dernier[880].

La *Loi sur l'incapacité mentale* actuellement en vigueur en Ontario remonte à 1909 alors qu'elle s'intitulait encore la *Lunacy Act*[881]. La loi à cette époque n'était pas vraiment nouvelle. Elle constituait plutôt une consolidation du droit existant. L'expression «aliéné» y était définie d'après le sens qui avait eu cours au dix-neuvième siècle. Le droit anglais, adopté en Ontario en 1897[882], fut abrogé. Les règles qui touchaient l'administration des biens avaient été prorogées dans une nouvelle loi. Les dispositions tirées du *De Prerogativa Regis* n'ont pas été prorogées. À leur place fut insérée la disposition suivante :

> [Traduction]
> 3 (1) Sous réserve des dispositions de la loi intitulée *The Act respecting Lunatic Asylums and the custody of Insane Persons*, le tribunal disposera de tous les pouvoirs, de toute la juridiction et de toute l'autorité

---

[879] R.S.N.S. 1967, chap. 135.

[880] Comparez cette loi à *la Lunacy Act*, R.S.N.S. 1900, chap. 125. Les dispositions de cette loi qui régissent les enquêtes en matière d'aliénation mentale sont pratiquement semblables à R.S.N.S. 1884, chap. 38. Comparez aussi avec la loi de l'Île-du-Prince-Édouard intitulée *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, arts. 30 et ss., et avec S.P.E.I. 15 Victoria (1852) chap. 36, citée dans l'arrêt *Re Dymet*, [1986] P.E.I.J. #73.

[881] *Lunacy Act*, (Ontario) 9 Edward VII (1909) chap. 37.

[882] Sous le titre *An Act Respecting Lunatics* (2), C.S.O. 1897, chap. 341.

de Sa Majesté à l'égard des aliénés et de leurs biens, notamment en ce qui concerne les soins et la garde accordés aux aliénés et à leurs biens[883].

Puisque cet article fait référence aux pouvoirs de la prérogative royale, l'on peut présumer que ceux-ci ont été prorogés par la loi de 1909[884].

En 1911, la *Lunacy Act* a été modifiée de manière à viser ceux «[Traduction] dont la déficience mentale, causée par la maladie, l'âge ou toute autre cause, ou qui sont, en raison d'ivrognerie habituelle ou de l'usage de drogues, incapables d'administrer leurs propres affaires»[885]. À une époque où l'expression «aliéné» voulait simplement dire les idiots et les personnes qui ne jouissaient pas de toutes leurs facultés mentales[886], l'effet de la modification de 1911 était clair. Il s'agissait d'un autre coup porté contre les définitions rigides de l'aliénation mentale qui avaient eu cours jusqu'alors en common law. Par exemple, dans l'arrêt *Peel v. Peel*, le tribunal a jugé qu'en l'absence de «maladie mentale», l'on ne pouvait pas juger qu'une personne ne jouissait pas de toutes ses facultés mentales. Cet arrêt s'est fondé aussi sur une définition très restrictive de l'expression «idiot», tirée de la loi intitulée *De Prerogativa Regis*, qui remonte au XIVe siècle. Selon l'arrêt *Peel*, les modifications de 1911 permettent d'intervenir malgré ces définitions très rigides[887].

En 1937, la loi a été modifiée de nouveau. Le législateur a remplacé les expressions «aliéné» et «aliénation mentale» par «personne souffrant d'incapacité mentale» et «incapacité mentale», respectivement. La définition suivante a remplacé la définition de l'«aliéné», qui remontait à 1909 :

---

883 Mis à part une référence à la *Loi sur la santé mentale* à la place de la loi mentionnée dans cet article et la substitution de l'expression «personne ne jouissant pas de toutes ses facultés mentales» à la place de l'expression «aliéné», la *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264 renferme une disposition identique, au paragraphe 4 (1).

884 Voir l'arrêt *Wright v. Wright and Guarantee Trust Co.*, [1951] S.C.R. 728, qui semble affirmer que cette loi ontarienne doit être lue à la lumière du common law en vigueur, y compris les règles concernant les pouvoirs de la prérogative royale. Voir aussi l'arrêt *Re Ewe* (1986), 13 C.P.C. (2d) 6, pp. 24 et s.

885 Voir la loi intitulée *Lunacy Law Amendment Act* (Ontario), 1 George V, chap. 20.

886 Voir la *Lunacy Act* (Ontario). 9 Edward VII (1909) chap. 37, al. 2 e).

887 Voir l'arrêt *Peel v. Peel* (1912), 3 D.L.R. 697 (O.H.C.J.). Pourtant, en lisant d'anciens arrêts anglais comme *Ridgeway v. Darwin* (1802), 8 Ves. Jr. 65 et *Ex p. Cranmer* (1805), 12 Ves. Jr. 445, l'on peut se demander pourquoi le tribunal ontarien a opté pour une interprétation aussi restrictive du terme «aliéné». D'autres tribunaux canadiens avaient pourtant retenu la définition anglaise, plus large. Voir, par exemple, l'arrêt *Re Tupper* (1918), 44 D.L.R. 85 (C.S.N.-É.)

[Traduction]
art. 1 «personne souffrant d'incapacité mentale» : personne qui a besoin de soins, de surveillance et de contrôle pour sa propre protection et la protection de ses biens en raison

(i) soit d'une limitation de ses facultés intellectuelles, occasionnée par des causes inhérentes, une maladie ou une blessure,

(ii) soit d'un désordre mental[888].

Cette définition a pour effet de créer un chevauchement important avec la modification de 1911, qui n'avait pas été abrogée. Il y aurait ainsi deux catégories de personnes, puisque les personnes visées par les modifications de 1911 doivent expressément «[Traduction] ne pas faire l'objet d'une déclaration d'incapacité mentale»[889]. Toutefois, la distinction entre ces deux catégories est loin d'être claire. La meilleure solution serait peut être de traiter ce chevauchement comme une anomalie historique. À l'exception de quelques modifications mineures, d'ordre administratif, la *Loi sur l'incapacité mentale* de l'Ontario n'a pas été modifiée depuis cette époque.

Vers la fin des années 1930, le législateur canadien a adopté un grand nombre de lois en matière d'incapacité et de déficience mentale, emboîtant le pas, une fois de plus, au législateur anglais de l'époque. Les lois promulguées pendant cette période ont eu tendance à tenir compte davantage des modèles médicaux de la folie et de la déficience mentale. La nouvelle définition donnée à l'expression «personne souffrant d'incapacité mentale», dans la loi ontarienne, et qui constituait une définition typique à cette époque, témoignerait de ce changement d'attitude[890]. Les nouvelles normes de l'époque en matière d'internement permettent d'apprécier davantage ce changement d'attitude. Ces lois exigeaient simplement que la personne souffre d'une maladie mentale et qu'elle ait besoin de soins et d'entretien dans un établissement psychiatrique[891].

---

888 On trouve maintenant cette définition dans L.R.O. 1980, chap. 264, art. 1.

889 L.R.O. 1980, chap. 264, par. 39 (1). Les deux mêmes catégories existent dans d'autres lois provinciales ayant les mêmes origines historiques. Voir, par exemple la loi du Nouveau-Brunswick intitulée *Infirm Persons Act*, C.S.N.B. 1973, chap. I-8, et la loi de la Saskatchewan, intitulée *Mentally Disordered Persons Act*, C.S.S. chap. M-14. La loi de la Saskatchewan ne comprend pas la définition modifiée de 1937 de la «personne souffrant d'incapacité mentale», par conséquent, le chevauchement est limité.

890 Voir, par exemple, la loi intitulée *Mental Defectives Act Amendment Act, 1937*, S.A. 1937, chap. 46, art 2.

891 Voir, par exemple, S.B.C. 4 George VI (1940) chap. 27, par. 9 (3).

Il est couramment admis que les années 1960 et 1970 ont marqué l'introduction des droits de la personne dans les établissements psychiatriques au Canada. Ceci est sûrement vrai en ce qui concerne les normes d'internement. À partir de la fin des années 1970, la norme consistait à devoir apprécier un critère du caractère dangereux d'une personne avant d'ordonner l'internement civil. En outre, le rapport qui existait entre l'institutionnalisation et la perte du droit d'administrer ses propres biens avait été atténué. À l'heure actuelle, en principe, seules les personnes qui ont été jugées inaptes à administrer leurs biens par trois médecins traitants sont placées sous la garde du Curateur public[892].

Cependant, au début de cette période notamment, les lois ne régissaient pas l'administration courante des établissements psychiatriques, qui relevait plutôt du directeur de l'établissement. Ce principe était simplement sous-entendu dans la plupart des lois sur la santé mentale. Par ailleurs, une disposition de la loi de la Colombie-Britannique précisait ce qui suit :

> [Traduction]
> Les malades internés dans un établissement psychiatrique provincial sont soumis, pendant leur internement, à la direction et à la discipline du directeur et des membres du personnel de l'établissement autorisés par le directeur[893].

Telle était la situation en Ontario jusqu'en 1978. La *Loi sur la santé mentale* a ensuite été modifiée de manière à réglementer le traitement et l'accès aux dossiers. La définition actuelle d'une «personne qui jouit de toutes ses facultés mentales», qui sera traitée plus loin, a été introduite dans la loi ontarienne à cette date.

En règle générale, les révisions des années 1960 et 1970 n'ont pas donné lieu à une modification en profondeur des lois sur la capacité mentale. La seule

---

[892] La loi québécoise renferme toujours une disposition plutôt singulière qui charge généralement le Curateur public d'agir à titre de curateur à la personne des malades souffrant de désordres mentaux et jugés inaptes à administrer leurs biens, en plus d'administrer leurs biens. Cette curatelle ne s'étend pas à la garde physique de la personne. En outre, elle n'est pas exercée si un curateur particulier lui a été nommé. Voir la *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q., 1977 chap. C-80, art 7. Cette loi ne précise pas les pouvoirs accordés au Curateur public lorsque celui-ci est chargé de la curatelle à la personne. Cependant, certains ont prétendu qu'ils pourraient comprendre le pouvoir de consentir à un traitement au nom du malade. Voir C.A. McKague et H.S. Savage *Mental Health Law in Canada* (Toronto : Butterworths, 1987), p. 107.

[893] Voir la loi intitulée *Mental Health Act*, S.B.C. 1964, chap. 29, art. 29.

exception notoire est la loi albertaine intitulée *Dependant Adults Act*[894], qui sera traitée plus loin.

Plusieurs nouvelles dispositions législatives ont été introduites depuis les dix dernières années. Au moins trois provinces ont promulgué des lois qui prévoient le maintien en vigueur, dans certains cas précis, d'une procuration, malgré le fait qu'un individu soit jugé inapte à administrer ses propres biens[895]. D'autres lois accordent le pouvoir de nommer une personne qui serait chargée de prendre des décisions à l'égard du traitement si l'individu devenait incapable[896]. En Colombie-Britannique, depuis le début des années 1960, il est possible de suggérer le nom d'une personne lorsque le tribunal est appelé a nommer un curateur en vertu de la loi intitulée *Patients Property Act*[897].

En outre, les gens sont de plus en plus conscients du caractère multiculturel de la société canadienne. Cette prise de conscience s'est notamment manifestée à travers les diverses lois en matière de capacité et des pouvoirs *parens patriae*, surtout dans la mesure où ils sont exercés à l'égard des Canadiens autochtones. Par exemple, en vertu de la loi des Territoires du Nord-Ouest intitulée *Mental Health Act*, un médecin qui envisage l'internement civil d'un Canadien autochtone doit en discuter d'abord avec un aîné de la personne concernée, si cette personne y consent[898]. En droit ontarien, les bandes d'Indiens se sont vu accorder un rôle plus important dans l'exercice de la compétence *parens patriae* de l'État à l'égard des enfants[899].

L'on tend à préciser davantage les droits des malades, particulièrement en ce qui concerne le traitement psychiatrique, dans les cas où un curateur ou un

---

[894] *Dependant Adults Act*, S.A. 1976, chap. 63. Consolidée dans C.S.A. 1980, chap. D-32.

[895] Voir la *Powers of Attorney Amendment Act*, L.O. 1983, chap. 74 et les lois intitulées Power of Attorney Act, modifiée par S.B.C. 1979, chap. 2, art. 52, et Power of Attorney Act, S.N.S. 1988, chap. 17.

[896] Voir particulièrement la loi intitulée *Medical Consent Act*, S.N.S. 1988, chap. 14. Le pouvoir limité de nommer un subrogé dans le cas des traitements psychiatriques et les traitements médicaux connexes est prévu à la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, art. 1. Ces modifications ont été apportées dans L.O. 1987, chap. 37, art. 2.

[897] Voir R.S.B.C. 1979, chap. 313, art. 9.

[898] *Mental Health Act* des Territoires du Nord-Ouest, S.N.W.T. 1985, chap. (2d), par. 8(2).

[899] Voir la *Child and Family Services Act*, L.O. 1984, chap. 55.

tuteur n'a pas été nommé par le tribunal. En Ontario et en Nouvelle-Écosse, les malades qui jouissent de toutes leurs facultés mentales ont le droit absolu de consentir à un traitement psychiatrique ou de le refuser[900]. Au Québec, il semblerait que dans les cas où il n'y a eu aucune intervention judiciaire, le droit d'un malade psychiatrique de consentir à un traitement ou de le refuser dépend de son aptitude à administrer ses biens[901]. Dans les Territoires du Nord-Ouest, un malade ne peut être traité dans un établissement psychiatrique sans son consentement lucide ou celui de son plus proche parent[902]. Au Yukon, les malades de plein gré semblent avoir un droit de consentement au traitement. Les malades involontaires semblent aussi avoir ce droit, sauf dans les cas où le traitement est nécessaire pour préserver la vie ou la santé mentale ou physique du malade et lorsque le fait de ne pas administrer le traitement risquerait vraisemblablement de causer un préjudice à la personne ou à autrui[903]. En Saskatchewan, le cadre juridique est plus complexe. En principe, l'institutionnalisation n'a aucun effet sur les droits civils du malade, sous réserve des dispositions de la loi intitulée *Mental Health Services Act*[904]. Les malades de plein gré ont le droit explicite de consentir à un traitement ou de le refuser[905]. Les malades involontaires doivent avoir l'occasion de participer aux décisions relatives à leur traitement dans la mesure du possible, mais ils n'ont pas un droit de consentement au traitement[906]. Toutefois, le critère qui permet de déterminer si un malade est involontaire exige, entre

---

[900] Voir la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, al. 35 (2) a), modifiée par L.O. 1987, chap. 37, art. 11. Voir aussi la loi de la Nouvelle-Écosse intitulée *Public Hospitals Act*, R.S.N.S. 1967, chap. 249, par. 46 (1), modifiée par S.N.S. 1977, chap. 45, art. 8. En Ontario, le malade conserve son droit prévu à la *Loi sur la santé mentale* de consentir à un traitement ou de le refuser, même si on lui a nommé un curateur en vertu de la *Loi sur l'incapacité mentale*.

[901] Voir C.A. McKague et H.S. Savage *Mental Health Law in Canada* (Toronto : Butterworths, 1987), p. 107. Puisque le tuteur semble avoir la compétence de consentir au traitement médical en vertu du droit québécois, c'est l'interprétation qu'il faudrait donner à la *Loi sur la curatelle publique*, L.R.Q., 1977 chap. C-80, art. 7 et la Loi sur la protection du malade mental, L.R.Q., 1977 chap. P-41, art. 8 et 10.

[902] *Mental Health Act* des Territoires du Nord-Ouest, S.N.W.T. 1985, chap. 6 (2d), art. 21.

[903] *Mental Health Act* du Yukon, R.S.Y. 1986, chap. 115, art. 7. Cette loi prévoit aussi qu'un traitement médical puisse être ordonné par le tribunal. Voir art. 3.

[904] *Mental Health Services Act*, S.S. 1984-85-86, chap. M-13.1, art. 14.

[905] Ibid, par. 25 (1).

[906] Id. aux pars. 25 (2) et (4). Ces paragraphes permettent qu'un traitement soit administré sans le consentement du malade, dans la mesure où le traitement soit «[Traduction] conforme aux méthodes particulières prescrites pour ce traitement.»

autres, que la personne «[Traduction] à cause de son désordre mental, soit incapable de bien comprendre son besoin de subir le traitement, d'obtenir des soins ou d'être soumis à une surveillance, et soit par conséquent incapable de prendre une décision éclairée à l'égard de cette intervention»[927]. Ceci voudrait dire qu'un degré d'incapacité doit être démontré avant que l'on puisse qualifier une personne de malade involontaire.

Dans d'autres provinces, il existe des dispositions dérogatoires qui permettent de faire appel à des conseils de révision pour aller à l'encontre de la volonté d'un malade lucide. Les facteurs considérés par ces conseils sont généralement des variantes du critère de l'intérêt véritable[928].

Par ailleurs, en Colombie-Britannique, la disposition suivante de la *Mental Health Act* a pour effet de priver les malades involontaires de leur droit de consentir au traitement :

> [Traduction]
> 25.2 Lorsque le directeur d'un établissement psychiatrique provincial autorise le traitement d'une personne internée dans cet établissement en vertu des articles 20, 23, 24, 25, 25.1 ou 36, cette personne est réputée avoir consenti au traitement, même si aucune ordonnance n'a été émise à l'égard de cette personne en application de la loi intitulée *Patients Property Act*[929].

Cet article ne laisse aucune place à l'appréciation de la capacité en matière de traitement et ne prévoit aucune garantie de procédure équitable. Il est donc permis de se demander si cette disposition pourrait être maintenue en cas de contestation fondée sur les articles 7 et 15 de la *Charte*.

---

[927] Ibid, au sous-al. 24 (2) a) (ii).

[928] Voir, par exemple, la *Mental Health Act* de l'Alberta, S.A. 1988, chap. M-13.1, art. 29, et la *Mental Health Act* du Manitoba, R.S.M. 1987, chap. M110, par 25(1), modifiée par R.S.M. 1987 Supp., chap. 23, art 7. La disposition dérogatoire de la loi manitobaine s'applique seulement aux malades involontaires, et seulement dans le cadre d'un traitement psychiatrique.

[929] *Mental Health Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 256, art. 25.2, modifiée par S.B.C. 1981, chap. 21, art. 10, et S.B.C. 1985, chap. 12, art. 10. La *Mental Health Act* du Yukon prévoit que les personnes internées dans un établissement psychiatrique peuvent être traitées sans leur consentement avant d'avoir obtenu l'autorisation du tribunal si le traitement est administré ou autorisé par un médecin agréé, si ce traitement est nécessaire pour préserver la vie ou la santé mentale ou physique de la personne, et si le fait de ne pas administrer le traitement risquerait vraisemblablement de causer un préjudice à la personne ou à autrui. Voir le par. 7 (1). L'autorisation du tribunal est nécessaire dans les cas où il n'y a pas urgence. Voir par. 7 (2).

La common law au Canada ne prévoit aucun âge minimal pour donner son consentement à l'égard d'un traitement. Le principal arrêt ontarien en la matière concerne l'administration d'un traitement contre l'acné qui a occasionné une brûlure. En l'espèce, il s'agissait de déterminer si une personne qui n'avait pas atteint l'âge de la majorité, qui était alors fixée à vingt et un ans, pouvait donner son consentement. Citant le passage suivant tiré de l'ouvrage de lord Nathan intitulé *Medical Negligence*, le tribunal a jugé qu'elle pouvait le faire :

> [Traduction]
> Nous croyons que la meilleure solution au problème serait d'admettre que l'enfant qui est en mesure d'apprécier pleinement la nature et les conséquences d'une intervention ou d'un traitement en particulier puisse y donner son véritablement consentement, et que dans ces cas, l'aide du tuteur ne soit pas nécessaire. Cependant, dans les cas où l'enfant ne jouit pas de cette capacité, tout consentement apparent devrait être frappé de nullité, et le droit de consentir devrait appartenir exclusivement au tuteur[910].

S'appuyant sur un arrêt britannique qui fait jurisprudence, la Cour d'appel de l'Alberta est arrivée à une conclusion semblable dans le domaine plus controversé du traitement contraceptif[911].

En Ontario, cette règle du common law a été modifiée par la *Loi sur la santé mentale*, qui crée une présomption réfutable de capacité dans le cas de personnes âgées de douze à seize ans[912]. Un règlement pris en application de la Public Hospitals Act a pour objet de limiter les interventions chirurgicales dans le cas de personnes âgées de moins de seize ans. Cependant, la validité de ce règlement est très incertaine[913].

---

[910] *Johnston v. Wellesley Hospital et al* (1970), 17 D.L.R. (3d) 139 (O.H.C.J.), p. 145.

[911] Voir l'arrêt *J.S.C. and C.H.C. v. Wren* (1986)), 49 Alta. L.R. (2d) 289, qui a suivi l'arrêt *Gillick v. West Norfolk & Wisbech Area Health Authority and Another*, [1985] 3 All E.R. 402 (H.L.). Cet arrêt est traité ailleurs dans le présent rapport. Cependant, il convient de noter que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a jugé, il y a vingt ans, que les tribunaux ne renverseraient pas une sanction disciplinaire imposée par le Collège des médecins contre un médecin qui prescrivait des dispositifs contraceptifs à une jeune fille de quinze ans. Voir l'arrêt *Re "D" and Council of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia* (1970), 11 D.L.R. (3d) 570.

[912] L.R.O. 1980, chap. 262, articles 1d, 35 et 35b, modifié par L.O. 1987, chap. 37.

[913] Voir R.R.O. 1980, Règ. 863, modifié. L'autorité de ce règlement fait l'objet de commentaires supplémentaires ailleurs dans le présent rapport.

Quelques arrêts canadiens ont affirmé le droit d'un malade de consulter son dossier médical[914]. Cependant, les lois canadiennes sont plutôt laconiques en ce qui concerne le rapport entre la capacité et la divulgation du dossier médical au malade ou à des tiers avec le consentement du malade. Un certain nombre de lois prévoient le caractère confidentiel du dossier médical, qui ne pourra être divulgué sans le consentement du malade lucide[915]. Dans certaines provinces, dont l'Ontario, le malade lucide a un droit conditionnel de consulter son propre dossier médical[916]. Dans d'autres circonscriptions, le dépositaire du dossier peut, à sa discrétion, divulguer ou non le dossier au malade lucide ou à d'autres à la demande de celui-ci[917]. Ces lois ne sont d'aucune aide pour connaître la manière de déterminer la capacité dans les cas de divulgation de dossier. Quelques lois accordent aussi le droit de consulter le dossier médical ou des extraits de celui-ci en vue de se préparer à une audition devant un conseil de révision[918]. Dans les cas où l'audition portera sur l'internement, le traitement ou toute autre question régie par l'article 7 de la Charte, il se peut que le droit de prendre connaissance de la preuve qui sera présentée par la partie adverse jouisse d'une protection constitutionnelle[919].

---

914 Voir, par exemple, les arrêts *Lindsay v. M.* (1981), 121 D.L.R. (3d) 261 (C.A.A.); *Re Mitchell and St. Michael's Hospital* (1980), 29 O.R. (2d) 185, 112 D.L.R. (3d) 360 (O.H.C.J.). Dans ce dernier arrêt, le tribunal a jugé que le malade avait un intérêt, comparable à un intérêt de propriété intellectuelle, dans son dossier médical.

915 Voir, par exemple la loi intitulée *Public Hospitals Act*, de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. chap. 249, art 63, la loi intitulée *Mental Health Act*, des Territoires du Nord-Ouest, S.N.W.T. 1985, chap. 6(2nd), al. 48 (3) a) et la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, al 29 (3) a).

916 Voir la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, par. 29a (1), modifié par L.O. 1987, chap. 37, par. 5 (1) et la *Mental Health Act* du Manitoba, R.S.M. 1987, chap. M110, art. 26.9, modifié par R.S.M. 1987 Supp., chap. 23, art 7. Voir aussi, par exemple, la *Public Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 249, art. 63, modifié, qui semble avoir un effet semblable. Cependant, le droit de l'établissement de refuser la divulgation lorsqu'il n'est pas dans l'intérêt véritable du malade de le faire est une limite importante au droit à la divulgation a priori, surtout dans la mesure où l'intérêt véritable n'est pas défini.

917 Voir, par exemple, la *Mental Health Act* de l'Alberta, S.A. 1988, chap. M-13.1, art. 17 et la *Mental Health Act* des Territoires du Nord-Ouest, S.N.W.T. 1985, chap. 6(2nd), al. 48(3) a).

918 Voir, par exemple, la *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, art 33d, qui prévoit un droit absolu de consulter tous les documents sur lesquels s'appuiera la partie adverse à l'audition devant le conseil de révision.

919 L'article 7 prévoit que chacun a droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». La justice fondamentale exige notamment l'équité procédurale, qui comprend notamment le droit de consulter les documents pertinents, y compris le dossier médical. Voir l'arrêt Re Stumbillich and Health Disciplines Board (1984), 12 D.L.R. (4th) 156.

Dispositions législatives particulières

Les lois de l'Ontario renferment deux définitions de la capacité mentale. La définition donnée par la *Loi sur l'incapacité mentale* a été citée précédemment. Elle ressemble à la plupart des définitions adoptées dans les années 1930. La définition dans cette loi reflète les préoccupations majeures du législateur de l'époque à l'égard de la protection de l'individu. Rappelons que cette loi vise les personnes souffrant d'un désordre mental ou d'une limitation de leurs facultés intellectuelle au point où elles ont besoin de soins, de surveillance et de contrôle pour leur propre protection et la protection de leurs biens[920]. Nous avons déjà signalé qu'il n'était pas facile de concilier cette définition avec ce qui semble être une catégorie distincte de personnes dont la déficience mentale, causée par la maladie, l'âge ou toute autre cause, ou qui sont, en raison d'ivrognerie habituelle ou de l'usage de drogues, incapables d'administrer leurs propres affaires. La loi ne précise pas quelle preuve sera pertinente pour déterminer la capacité de la personne. Doit-on s'appuyer sur un test qui évalue le résultat? Doit-on évaluer l'aptitude de l'individu plutôt que le résultat obtenu? Le tribunal doit-il se préoccuper du risque d'abus d'influence? La loi elle-même ne permet de répondre à aucune de ces questions.

Il est clair que l'institutionnalisation n'est pas un critère déterminant pour résoudre la question de la capacité[921]. Il est probable que les critères importants se situent au plan de la capacité mentale et que les handicaps physiques qui peuvent empêcher une personne de prendre soin de sa propre personne ne peuvent pas être invoqués pour en arriver à un verdict d'incapacité[922].

L'arrêt *Peel v. Peel*, rendu en 1912, est l'un des rares arrêts ontariens a avoir traité des normes effectivement imposées par cette loi. L'affaire portait sur

---

[920] *Loi sur l'incapacité mentale* de l'Ontario. L.R.O. 1980, chap. 264, al. 1 e).

[921] *Re Young*, [1942] O.R. 301 (C.A.O.).

[922] Voir l'arrêt *Clarke v. Clarke* (1982), 40 O.R. (2d) 383, p. 385 (Cour de district de l'Ontario), et les arrêts qui y sont cités. Cette affaire portait sur un jeune homme de vingt ans qui souffrait de paralysie cérébrale, d'hydrocéphalie et d'un handicap mental. Voir l'arrêt *Re Casford* (1983), 42 Nfld. and P.E.I.R. 240; 127 A.P.R. 240, où la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard est arrivée à une conclusion différente dans le cas d'un individu incapable de prendre soin de sa propre personne à cause d'un handicap physique mais qui avait refusé de collaborer avec ceux qui voulaient l'institutionnaliser. Cette affaire n'a pas été contestée et nous suggérons respectueusement que les motifs invoqués par le tribunal ne sont pas conformes au texte de la loi de l'Île-du-Prince-Édouard.

un homme qui souffrait d'«imbécillité», de l'avis de ses médecins. Il souffrait d'une vue très faible et n'avait pas fréquenté l'école très longtemps. Jusqu'à l'âge de quarante ans, il avait vécu avec sa mère. Après le décès de celle-ci, il aurait vécu seul à sa ferme pendant onze ans avant la requête d'interdiction. Le tribunal a jugé que l'homme n'était pas un «aliéné» selon la définition de la loi. Notons toutefois que cette conclusion n'est plus pertinente depuis les modifications législatives de 1937. Néanmoins, à cause de la définition de l'incapacité mentale donnée dans la loi modifiée de 1937, les commentaires du tribunal au sujet de la déficience mentale alléguée demeurent à propos :

> [Traduction]
> La loi impose un critère qui consiste à déterminer si la personne souffre d'une faiblesse d'esprit à ce point prononcée qu'elle n'est plus en mesure d'administrer ses affaires. Par cette loi, le législateur a voulu empêcher que l'on puisse priver un homme de sa liberté s'il est assez lucide pour administrer ses affaires conformément aux usages ordinaires de son entourage.
>
> •••
>
> ...Dans l'ensemble, ses réponses sont cohérentes, et font parfois preuve de beaucoup d'astuce et de lucidité. Certaines étaient plutôt hors propos, mais cela s'explique d'avantage par l'ignorance qu'un manque de compréhension. ...Je suis convaincu qu'il possède un minimum de sens pratique et que son jugement lui permet d'administrer ses affaires comme il l'entend. Son esprit s'est amélioré sensiblement depuis le décès de sa mère, c'est-à-dire depuis qu'il doit se débrouiller seul. Son esprit, et ses affaires, ne s'en porteront que mieux si on le laisse s'occuper lui-même de sa petite propriété, sans l'intervention du tribunal[923].

D'après ces commentaires, la norme consiste à apprécier la capacité en fonction des «usages ordinaires de l'entourage». Le tribunal apprécie en outre l'aptitude de la personne et semble aussi apprécier les résultats de ses choix.

Les arrêts anglais du dix-neuvième siècle avaient tendance à exiger une norme de preuve relativement onéreuse pour pouvoir mettre fin à un jugement d'interdiction[924]. Cette jurisprudence a été modifiée en Ontario depuis l'arrêt *Re Annett*. Dans cet arrêt, le tribunal a fait le commentaire suivant au sujet de la levée d'un jugement d'interdiction :

---

[923] *Peel v. Peel* (1912), 3 D.L.R. 697 (O.H.C.J.), pp. 698 et s.

[924] Voir, par exemple, l'arrêt *Attorney-General v. Parnther*, 3 Bro. C.C. 441. Dans cet arrêt, le tribunal a jugé que la personne devait retrouver un état d'esprit quasiment parfait pour qu'un jugement d'interdiction puisse être levé. Cette norme a été légèrement adoucie dans l'arrêt *Ex Parte Holyland* (1805), 11 Ves. Jr. 10.

[Traduction]
Nulle personne saine d'esprit ne devrait être contrainte de vivre ou de mourir alors qu'elle est encore sous le coup d'une ordonnance d'interdiction. La levée du jugement d'interdiction doit se faire sans délai inutile. Bien sûr, il faut s'assurer que la personne qui souffrait de démence a vraiment retrouvé sa lucidité, c'est-à-dire qu'elle est vraiment rétablie.

Certains jugements, notamment les arrêts *Ex p. Holyland*, 11 Ves 10 et *Re Dyce Sombre*, 1 M & G 116, montrent le degré de preuve jugé nécessaire à cette époque au soutien d'une requête pour mettre fin à l'interdiction. En l'espèce, nous sommes saisis de la même question, même s'il s'agit de la juger selon une procédure plus souple. Cependant, même si nous devons appliquer les mêmes principes dans cette affaire, il faut aussi tenir compte de l'évolution importante des connaissances, en droit et en médecine, en matière d'aliénation mentale et des maladies qui en sont la cause. ...Comme le précise clairement la loi à l'article 10, «[Traduction] Si le tribunal est convaincu que cette personne a retrouvé sa lucidité et qu'elle est en mesure d'administrer ses propres affaires, il peut rendre une ordonnance à cet effet», suivie, sans délai, d'une ordonnance «[Traduction] qui lève l'interdiction»[925].

Depuis cet arrêt, la norme requise pour lever une ordonnance d'interdiction semble être la même que celle exigée pour accorder une telle ordonnance.

Depuis le milieu du dix-neuvième siècle, les requêtes pour obtenir l'interdiction devaient être appuyées des affidavits d'au moins deux médecins[926]. Ces affidavits doivent non seulement exposer l'avis du médecin quant à la capacité du sujet, ils doivent en outre exposer les faits sur lesquels les médecins se fondent pour en arriver à cette conclusion. En effet, il a été jugé que pour pouvoir rendre une ordonnance d'interdiction, le tribunal devait en arriver à sa propre conclusion. En outre, la requête doit être appuyée, dans la mesure du possible, d'un affidavit d'une personne qui connaît le sujet depuis longtemps[927]. Selon un arrêt de la Saskatchewan, le tribunal doit être informé du lieu de résidence du sujet, de l'emplacement des biens qu'il possède, ainsi que les noms, adresses et occupations des proches parents du sujet[928].

La jurisprudence permet de voir à quel point les tribunaux accordent beaucoup d'importance à la preuve médicale, tout en l'appréciant d'un oeil critique. Par exemple, dans l'arrêt *Clarke v. Clarke*, le tribunal fait la mise en garde suivante

[925] *Re Annett* (1913), 5 O.W.N. 331 (Common Pleas), pp. 332 et s.

[926] Cette exigence a été établie par l'arrêt *In Re Patton* (1864), Chy. Chrs. 192, et affirmée par les arrêts *Re Young*, [1942] O.R. 301 (C.A.O.) et *Re Cochran (1964)*, 47 W.W.R. 669 (Sask. Q.B.).

[927] *Re Young*, [1942] O.R. 310 (C.A.O.).

[928] *Re Cochran* (1964), 47 W.W.R. 669 (Sask. Q.B.), p. 672.

concernant la méthode d'évaluation qui a permis aux médecins en l'espèce de tirer leurs conclusions :

> [Traduction]
> Je n'ai pas été impressionné outre mesure par le témoignage du docteur McCreary qui semble avoir fondé son opinion en grande partie sur les résultats du test de vocabulaire par images de Peabody. Compte tenu du fait qu'un jeune homme n'avait jamais communiqué avant l'âge de treize ans et qu'il avait passé toute sa vie dans le milieu peu stimulant du pavillon de l'établissement Rideau réservé aux personnes multi-phasiques, parmi des malades sérieusement attardés, est-il raisonnable de le soumettre à des tests de vocabulaire qui font la distinction entre un cochon et un porc, une cascade et une chute ou un lavabo et un évier? Il me semble que cette méthode est aussi déraisonnable que de vouloir évaluer l'intelligence de Tarzan en lui administrant des tests conçus pour son amie Jane. En outre, je juge qu'il était inopportun d'avoir administré des tests qui demandaient une si grande dextérité manuelle (il fallait insérer des blocs dans les orifices appropriés) à une personne gravement handicapée par la paralysie cérébrale. D'après la preuve, il me semble que le long examen effectué par le docteur McCreary a été une épreuve physiquement pénible pour Justin. Au total, l'examen a duré 3 heures et demie. Il lui a posé plusieurs questions qui avait pour but d'établir que «Justin n'était pas apte à administrer de l'argent ni à exercer d'autres activités connexes et qu'en l'absence de soins, de surveillance et de contrôle à cet égard, ses biens seraient en péril.» Il emploie la même phraséologie que la loi ontarienne. Il signale que Justin était capable d'écrire et de lire son propre nom, qu'il pouvait répondre à des questions d'ordre général et qu'il pouvait se souvenir précisément de la date de sa dernière entrevue, qui avait pourtant eu lieu environ 14 mois auparavant. Le docteur McCreary signale que Justin avait commis un certain nombre de fautes d'orthographe. J'ai senti que sa technique d'examen était tendancieuse et qu'elle manquait de compassion[929].

La *Loi sur l'incapacité mentale* fournit peu de directives au sujet de la procédure à suivre pour présenter une requête en vertu de la loi. La plupart des arrêts en la matière portent sur la nécessité de donner avis de la requête. Pendant longtemps, les tribunaux ontariens avaient exigé que les pièces de procédures soient signifiées à celui dont on alléguait l'incapacité mentale. Par exemple, dans un arrêt de 1864, le tribunal a déclaré ce qui suit :

> [Traduction]
> J'exigerais aussi que l'aliéné présumé soit avisé et qu'il puisse consulter un avocat. Si une audition était tenue, il aurait le droit d'être présent. Il arrive que certaines personnes internées à l'asile s'imaginent qu'elles le sont injustement. Elles ont probablement tort. Néanmoins, il y en a plusieurs qui ont la capacité voulue pour confier leur cause à un avocat[930].

Malgré tout, la requête en l'espèce a éventuellement été accueillie, sans que l'intimé n'en ait reçu signification : les responsables de l'asile avaient refusé de permettre la signification parce qu'ils étaient d'avis que cela représentait un danger pour le malade, qui avait des tendances suicidaires.

---

[929] *Clarke v. Clarke* (982), 40 O.R. (2d) 385 (Cour de district de l'Ontario), pp. 390 et s.

[930] *In Re Patton* (1864), 1 Chy. Chrs. 192.

La question a éventuellement été tranchée par la Cour suprême du Canada, en 1951. Dans l'arrêt *Wright v. Wright*[931], cette cour a décidé qu'un tribunal avait la compétence voulue pour déroger à l'obligation de signifier la requête. En l'espèce, deux médecins avaient témoigné que la signification de la requête causerait un préjudice à la santé du malade. La jurisprudence subséquente a établi qu'il fallait une preuve très claire du préjudice pour pouvoir déroger à la signification[932]. Dans la mesure où ces requêtes ont une incidence sur le droit à la liberté visé à l'article 7 de la *Charte*, les auditions en matière d'incapacité mentale devront dorénavant respecter les principes de la justice fondamentale. Compte tenu de cette règle, l'on peut même se demander si le risque de préjudice constitue encore un motif suffisant pour pouvoir déroger à la signification.

La loi prévoit tout de même certaines règles particulières en matière de procédure. Le tribunal peut rendre jugement sur la foi de preuve écrite présentée au soutien de la requête, lorsqu'il est convaincu au delà de tout doute raisonnable que l'intimé souffre d'incapacité mentale. Si le tribunal a un doute raisonnable, il doit ordonner un procès. La personne dont on allègue l'incapacité doit être produite devant le tribunal pour être interrogée par celui-ci et par un médecin, si quelqu'un en fait la demande. Il semble dorénavant établi que c'est la norme de preuve en matière civile qui doit être appliquée dans le cadre d'un procès en matière d'incapacité[933]. Cependant, certains arrêts exigent que la prépondérance de preuve requise par la norme civile soit relativement forte[934].

L'arrêt *Wright* présente un intérêt particulier à cet égard puisqu'il s'appuie sur les principes de common law en matière d'aliénation mentale, tant sur le plan du droit substantif que sur le plan de la procédure, plutôt que de s'appuyer sur les règles de la procédure civile. Un procès qui porterait sur la question de l'incapacité mentale serait certainement régi par les règles ordinaires de la procédure civile[935]. Il en est de même dans le cas d'un appel, que ce soit l'appel d'un jugement rendu

---

931 *Wright v. Wright and Guarantee trust Co.*, [1951] S.C.R. 728.

932 *Re Cochran* (1964), 47 W.W.R. 669 (Sask. Q.B.).

933 *Clarke v. Clarke* (1982), 40 O.R. (2d) 383 (Cour de district de l'Ontario), pp. 384 et s.

934 *Re West* (1977), 19 N.B.R. (2d) 387, 30 A.P.R. 387 (C.S.N.B.), p. 389.

935 *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264, par. 8 (6).

sur la foi de la requête, sans procès ou d'un jugement rendu à la suite d'un procès[936].

La définition suivante a été ajoutée à la *Loi sur la santé mentale* en 1978 :

> «jouissance de toutes ses facultés mentales» État de celui qui est capable de comprendre la nature de la maladie pour laquelle le traitement est proposé, le traitement lui-même, et les conséquences qui peuvent résulter du fait qu'il donne ou refuse son consentement»[937].

Ce critère est manifestement défini en fonction de l'aptitude du malade, même si la distinction entre la compréhension effective de sa propre situation et l'aptitude à comprendre cette situation demeure sans doute théorique. En principe, il est peut-être vrai que la compréhension effective est un bon indice de l'aptitude à comprendre. Cependant, la distinction pourrait demeurer importante dans le cas des malades qui seraient en mesure de mieux comprendre leur situation si on leur administrait moins de sédatifs ou, bien sûr, dans le cas de ceux qui n'ont pas été entièrement informés de leur situation.

Ce critère permet de déterminer la capacité de ceux qui sont appelés à donner leur consentement à un traitement médical, le consentement pour avoir accès à leur dossier médical ou accorder ce droit à d'autres et le consentement pour la nomination d'un décideur subrogé. Il ne permet pas de déterminer la capacité de signer une procuration à long terme ou la capacité d'administrer des biens. Dans ces domaines, il faut présumer que ce sont les règles de common law qui s'appliquent. Le texte de cette disposition pose des problèmes lorsqu'il traite de l'accès au dossier médical et de la nomination d'un décideur subrogé, puisqu'il est difficile de parler de «consentement» dans ces deux cas.

L'étude des lois de la Nouvelle-Écosse en matière de traitement et de la loi de l'Alberta intitulée *Dependant Adults Act* permet de mieux comprendre les lois de l'Ontario puisque les lois de ces deux provinces sont plus complètes que les lois ontariennes correspondantes.

La loi de Nouvelle-Écosse prévoit que toute personne admise à l'hôpital, psychiatrique ou autre, doit être examinée par un psychiatre dans les trois jours

---

[936] *Loi sur l'incapacité mentale*, pars. 7 (3) et 8 (7).

[937] *Loi sur la santé mentale* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 262, art. 1.

de son admission pour déterminer si le malade est apte à consentir au traitement[938]. L'article 47 de la loi prévoit que la personne doit être présumée apte à consentir si l'examen n'est pas effectué dans le délai prescrit. Selon le principe que toute loi est censée être corrective, ceci voudrait dire qu'il n'existe aucune présomption de capacité avant que l'examen n'ait lieu. La loi prévoit que le psychiatre doit évaluer la capacité à partir d'une série de critères :

> [Traduction]
> Pour déterminer si une personne est apte ou non à consentir au traitement, le psychiatre qui effectue l'examen doit apprécier les facteurs suivants:
>
> a) si la personne comprend l'affection pour laquelle le traitement est proposé;
>
> b) si la personne comprend la nature et le but du traitement;
>
> c) si la personne comprend les risques associés au traitement;
>
> d) si l'affection dont souffre le malade a un effet sur son aptitude à consentir au traitement[939].

Dans la mesure où cette distinction est pertinente, la loi de la Nouvelle-Écosse vise la compréhension effective de la personne et non son aptitude à comprendre. Si la personne est incapable de donner son consentement, son conjoint, un proche parent ou, à défaut de ceux-ci, le Curateur public, peut consentir au nom de la personne[940].

La loi de la Nouvelle-Écosse intitulée *Medical Consent Act* exige qu'une personne soit apte à donner son consentement au traitement médical pour pouvoir nommer un décideur subrogé en vertu de la loi[941]. D'autres dispositions de la loi renvoient à des dispositions de la *Hospitals Act*. Par conséquent, l'on peut présumer que la définition de la capacité donnée dans la *Hospitals Act* viserait aussi la capacité de nommer des subrogés.

---

[938] *Public Hospitals Act* de Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 249, art 43, modifié. Consolidé dans chap. H-19, art 43. De nouvelles évaluations doivent être effectuées au moins tous les trois mois pendant la première année d'admission, et au moins une fois par année par la suite.

[939] Ibid. au par. 44 (2). Les critères énumérés dans la *Mental Health Act* du Manitoba, R.S.M. 1987, chap. M110, par. 24 (3), modifié par R.S.M. 1987 Supp., chap. 23, art. 7 sont presque identiques aux critères de la loi de la Nouvelle-Écosse.

[940] *Public Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse, art. 46. Voir aussi la *Mental Health Act* du Manitoba, par. 24 (5.1).

[941] *Medical Consent Act* de la Nouvelle-Écosse, S.N.S. 1988, chap. 14, art. 2.

Les procédures prévues à la *Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse pour évaluer la capacité d'administrer ses propres biens n'ont rien d'exceptionnel. Néanmoins, cette loi donne une définition de la capacité dans ce contexte particulier. Cette définition est plus complète que les définitions données par la plupart des autres lois canadiennes :

> [Traduction]
> Pour déterminer si une personne est apte ou non à administrer ses biens, le psychiatre qui effectue l'examen doit apprécier les facteurs suivants:
>
> a) la nature et la gravité de l'affection dont souffre la personne;
>
> b) la complexité du patrimoine;
>
> c) les effets de l'affection dont souffre la personne sur la manière dont elle administre ses biens;
>
> d) les autres circonstances jugées pertinentes par le psychiatre à l'égard des biens, de la personne et de l'affection dont elle souffre[942].

La *Dependant Adults Act* de l'Alberta[943] mérite d'être étudiée puisqu'il s'agit de la seule révision législative importante d'une loi générale sur l'incapacité mentale, la tutelle et la curatelle depuis les années 1930. Il s'agit aussi du seul cas où une loi canadienne s'est clairement éloignée des principes du dix-neuvième siècle en la matière.

S'appuyant surtout sur des principes élaborés au dix-neuvième siècle, les lois canadiennes en matière de tutelle et de curatelle permettent généralement de préciser les pouvoirs que peut exercer un curateur aux biens. Par ailleurs, ces lois ne fournissent à peu près aucun indice au sujet des pouvoirs du curateur à la personne ou du tuteur. La loi albertaine est exceptionnelle à ce chapitre, puisqu'elle décrit concrètement les pouvoirs que possède le tuteur ainsi que les décisions qu'il peut prendre :

> [Traduction]
> a) décider où vivra l'adulte dépendant et pour quelle période;
>
> b) décider avec qui vivra l'adulte dépendant, et notamment avec qui il vivra maritalement;

---

[942] *Public Hospitals Act* de la Nouvelle-Écosse, par. 44(3).

[943] S.A. 1976, chap. 63. Des modifications mineures ont été apportées à cette loi vers la fin des années 1970, avant qu'elle ne soit consolidée dans R.S.A. 1980, chap. D-32. La loi a fait l'objet de deux autres révisions importantes depuis cette date. Voir la *Dependant Adults Amendment Act*, S.A. 1980, chap. 15, et la *Dependant Adults Amendment Act*, 1985, chap. 21. Ces modifications n'ont pas apporté de changements profonds à la loi. Elles ont plutôt permis de modifier quelques normes en matière de mise en oeuvre.

c) décider si l'adulte dépendant doit prendre part à des activités sociales, la nature de celles-ci, le cas échéant, dans quelle mesure il doit le faire, et d'autres questions connexes;

d) décider si l'adulte dépendant doit travailler, la nature du travail, le cas échéant, pour quel employeur et d'autres questions connexes;

e) décider si l'adulte dépendant doit suivre une formation scolaire, professionnelle ou autre, la nature de celle-ci, le cas échéant, dans quelle mesure il doit le faire, et d'autres questions connexes.

f) décider si l'adulte dépendant doit demander un permis, une licence, une approbation, ou tout autre consentement ou autorisation exigé par la loi;

g) entreprendre ou régler toute procédure judiciaire qui ne se rapporte pas au patrimoine de l'adulte dépendant, que ce soit en poursuite ou en défense, ou conclure toute transaction à l'égard d'une telle procédure;

h) consentir aux soins de santé qui sont dans l'intérêt véritable de l'adulte dépendant;

i) prendre les décisions de la vie courante au nom de l'adulte dépendant, notamment celles qui se rapportent à son alimentation et à son habillement;

j) toute autre obligation que le tribunal imposera au tuteur dans l'intérêt véritable de l'adulte dépendant[944].

En Ontario, comme dans les autres provinces où les pouvoirs du curateur à la personne ne sont pas précisés dans la loi, le curateur possède les pouvoirs que lui accorde le tribunal. Celui-ci a hérité du pouvoir de la Prérogative royale, qui comprenait sans doute les pouvoirs susmentionnés[945]. Par conséquent, à moins qu'une disposition ne prescrive le contraire, tous ces pouvoirs pourraient être accordés à un curateur à la personne en Ontario.

À cet égard, quelques textes de loi ontariens sont pertinents. Par exemple, les dispositions de la *Loi sur la santé mentale de l'Ontario* en matière de capacité s'appliquent même dans les cas où un curateur à la personne a été nommé en application de la *Loi sur l'incapacité mentale*[946].

---

[944] Par. 10 (2), modifié par S.A. 1985, chap. 21, par 11 (1). À l'exception de l'alinéa j), les pouvoirs énumérés correspondent à ceux que l'on trouve dans C.S.A. 1980, chap. D-32, pars. 9 (1) et 10 (2).

[945] En principe, la charge accorde des pouvoirs illimités sur la personne, quoiqu'elle doit être exercée conformément aux principes élaborés par le common law. Elle doit notamment être exercée dans l'intérêt véritable du pupille. Voir l'arrêt *Re Eve* (1986), 13 C.P.C. (2d) 6, pp. 24 et s.

[946] *La Loi sur la santé mentale*, art. 1 prévoit que le curateur à la personne a le pouvoir d'agir seulement lorsque le malade ne jouit pas de toutes ses facultés mentales. Cet état est défini dans la loi. Voir la *Loi sur la santé mentale*, par. 36 (9), qui prévoit que les dispositions de la loi en matière de biens s'appliquent seulement aux personnes qui n'ont pas un curateur aux biens nommé en vertu de la *Loi sur l'incapacité mentale*.

Le législateur albertain a voulu introduire un élément de souplesse dans le domaine des curatelles. La curatelle partielle a été explicitement prévue dans la loi, et les pouvoirs du curateur pourraient être limités à n'importe quelle combinaison de pouvoirs énumérés plus haut.

La notion de curatelle partielle est encore nouvelle au Canada. Introduite d'abord en Alberta, elle n'existe pas en droit ontarien[947]. Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'État est chargé de la garde des «aliénés» et des «faibles d'esprit». Pour pouvoir invoquer cette compétence, il faut qu'il y ait eu d'abord un verdict d'incapacité. Une fois que ce verdict a été prononcé, l'État a entière compétence à l'égard de l'individu, sauf pour ce qui est prévu dans un texte de loi. Or, la seule modification législative pertinente en ce domaine accorde au tribunal le pouvoir de limiter un verdict d'incapacité aux questions personnelles ou aux questions de biens[948].

Évidemment, ceci ne veut pas dire que le tribunal ne pourra pas limiter les pouvoirs du curateur à la personne ou aux biens. Les pouvoirs du curateur sont accordés par le tribunal. Le curateur agit donc à titre de «bailee» ou de «statutory agent» du tribunal[949]. Il a été jugé qu'un curateur ne peut agir sans l'approbation du tribunal[950]. La compétence requise pour limiter les pouvoirs du curateur doit donc être implicite. En fait, les curatelles limitées semblent être courantes dans quelques circonscriptions canadiennes[951]. Cependant, il ne s'agit pas d'une curatelle partielle, puisque l'individu ne conserve pas de pouvoir décisionnel dans les matières à l'égard desquelles le curateur n'a pas le droit d'agir. Ce sera plutôt au tribunal à exercer le pouvoir décisionnel dans ces domaines. Une requête au tribunal est donc nécessaire dans ces cas.

---

947 Voir les commentaires dans *Clarke v. Clarke* (1982), 40 O.R. (2d) 383, p. 384 (Cour de district de l'Ontario), où le tribunal affirme que la curatelle partielle n'existe pas en Ontario.

948 *Loi sur l'incapacité mentale*, L.R.O. 1980, chap. 264, arts. 8 (5), 12 (1) a).

949 Voir les arrêts *Re Avery*, [1952] O.W.N. 689, et *Re Eve* (1986), 13 C.P.C. (2d) 6.

950 *Re Breen; Breen c. Toronto General Trusts Corp.* (1909), 18 O.L.R. 447 (C.A.).

951 Voir, par exemple, l'arrêt *Re Cochran* (1964), 47 W.W.R. 669 (Sask. Q.B.), où le tribunal laisse entendre que le pouvoir d'aliéner des biens immeubles au nom de la personne incapable ne devrait normalement pas être accordé au curateur aux biens.

La disposition suivante de la loi de 1976 précisait le critère à appliquer avant de nommer un curateur :

> [Traduction]
> 6(1) Le tribunal peut nommer un curateur absolu ou un curateur partiel lorsqu'il est convaincu que la personne nommée dans la requête remplit les conditions suivantes :
>
> a) être d'âge adulte.
>
> b) être inapte à accomplir les fonctions suivantes :
>
> i) prendre soin de sa propre personne;
>
> ii) exercer un jugement raisonnable à l'égard de questions qui se rapportent à sa propre personne;
>
> c) avoir besoin d'un curateur.
>
> (2) Le tribunal ne doit pas rendre une ordonnance en application du paragraphe (1) à moins d'être convaincu que cette ordonnance sera dans l'intérêt véritable de la personne nommée dans la requête.
>
> (3) Le tribunal ne doit pas nommer un curateur absolu à moins d'être convaincu qu'une ordonnance de curatelle partielle ne suffira pas à satisfaire les besoins de la personne nommée dans la requête.

Contrairement aux lois en vigueur dans d'autres circonscriptions canadiennes, qui remontent à plusieurs décennies avant la loi albertaine, celle-ci tente de limiter autant que possible l'intrusion de l'État dans la vie de l'individu. Alors que les lois plus anciennes, y compris la loi ontarienne, se limitent à vouloir protéger le sujet de la requête, la loi albertaine adopte l'attitude plus moderne qui vise à privilégier aussi la dignité et l'autonomie du sujet.

Les modifications récentes apportées à l'article 6 maintiennent et renforcent peut-être davantage la protection accordée à l'autonomie individuelle. Le nouvel article exige que la personne soit **fréquemment et continuellement** inapte à prendre soin d'elle même ou à exercer un jugement raisonnable à l'égard de questions qui se rapportent à sa propre personne avant de pouvoir nommer un curateur. Il faut en outre démontrer que la nomination d'un curateur procurera un avantage important à la personne[952].

---

[952] Le nouvel article se lit ainsi :

> 6(1) Le tribunal peut nommer un curateur absolu ou un curateur partiel lorsqu'il est convaincu que la personne nommée dans la requête remplit les conditions suivantes :
>
> a) être d'âge adulte.
>
> b) être fréquemment ou continuellement inapte à accomplir les fonctions suivantes :

Les règles de common law en matière de nomination de curateurs en Ontario reprennent en quelque sorte ces principes. Malgré le caractère obligatoire de l'article 12 de la *Loi sur l'incapacité mentale*[953], certains arrêts affirment que le tribunal ne doit pas nommer un curateur à moins qu'il ne soit démontré que cette mesure sera avantageuse pour la personne frappée d'incapacité[954]. Ce principe a été appliqué dans l'arrêt *Re Clark*, rendu en 1892[955]. En l'espèce, le tribunal avait jugé que la procédure d'interdiction était accessoire à la véritable question, qui portait sur la validité d'un acte qui faisait l'objet d'un litige distinct. L'aliéné recevait des soins adéquats de l'un de ses enfants. Le tribunal a donc refusé de rendre l'ordonnance parce qu'elle aurait été inutile. Dans l'arrêt *Re Ridler*, rendu sous le régime de la loi ontarienne actuelle, le tribunal a affirmé que l'importance du patrimoine était un facteur pertinent pour décider si un curateur devait être nommé.[956]

Contrairement aux autres lois albertaines, on ne trouve pas ce souci des libertés civiles dans les dispositions suivantes de la *Loi de l'Alberta*, promulguée en 1980 :

[Traduction]

---

i) prendre soin de sa propre personne;

ii) exercer un jugement raisonnable à l'égard de questions qui se rapportent à sa propre personne;

(2) Le tribunal ne doit pas rendre une ordonnance en application du paragraphe (1) à moins d'être convaincu que cette ordonnance

a) sera dans l'intérêt véritable de la personne nommée dans la requête, et

b) qu'elle procurera un avantage important à celle-ci.

Le paragraphe 6 (3) de la loi de 1976 a été abrogé mais le nouveau paragraphe 10 (1) est au même effet.

953 «[Traduction] Si une personne fait l'objet d'une ordonnance d'interdiction ... le tribunal ... doit nommer un curateur...». Voir le par. 12 (1).

954 Voir, par exemple, l'arrêt *Re Young*, [1942] O.R. 310 (C.A.O.).

955 *Re Clark* (1892), 14 P.R. 370.

956 *Re Ridler* (1930), 65 O.L.R. 559 (C.A.O.). Cette affirmation a été lancée plutôt hors-propos, page 562.

20.1(1) Un médecin ou un dentiste peut, sans le consentement de quiconque, examiner une personne d'âge adulte, lui prescrire un traitement médical, chirurgical, obstétrique, ou dentaire, selon le cas, et le lui administrer, selon les modalités et dans la mesure où il est raisonnablement nécessaire de le faire et qu'il est fait dans l'intérêt véritable de la personne examinée ou traitée, de la même manière dont le médecin ou dentiste aurait pu agir si la personne avait été un adulte jouissant de la pleine capacité juridique et ayant consenti à l'examen ou au traitement, pourvu que les trois conditions suivantes soient réunies :

a) la personne a besoin, de l'avis écrit de 2 médecins, d'un examen, ou d'un traitement médical, chirurgical, ou obstétrique, ou a besoin, de l'avis écrit de 2 dentistes, d'un traitement dentaire,

b) la personne n'est pas en mesure de comprendre la nature de l'examen ou du traitement médical, chirurgical, obstétrique ou dentaire requis, ou d'y consentir, en raison d'un handicap mental ou physique,

c) la personne n'a pas, à la connaissance des médecins ou des dentistes visés à l'alinéa a), refusé de consentir à l'examen ou au traitement médical, chirurgical, obstétrique ou dentaire requis[957].

Aucune protection particulière au plan de la procédure équitable n'a été prévue à l'égard de cet article, bien que le paragraphe 20.1(2) prévoie que cet article est sans effet lorsqu'un tuteur investi du pouvoir de consentir au traitement a été nommé. Le défaut de prévoir des protections au plan de la procédure équitable, peut être vue comme une violation possible de l'article 7 de la *Charte des droits*, qui garantit le droit à la sécurité de sa personne et, qui prévoit qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de la justice fondamentale.

Bien que la *Loi de l'Alberta* prévoie une nouvelle approche aux problèmes de tutelle, la mesure dans laquelle elle permet une meilleure compréhension de la capacité demeure incertaine. Ces dispositions ne fournissent aucune explication utile en ce qui concerne les normes qui doivent être appliquées par le médecin au cours de son évaluation du malade en vertu de l'alinéa 20.1(1) b). Néanmoins, le texte de l'article laisse entendre que le médecin doit appliquer un critère fonctionnel de capacité, plutôt qu'un critère défini en fonction d'un résultat, pour déterminer si le malade consent ou non au traitement. Dans la mesure où le critère général qui permet de déterminer la nécessité de nommer un tuteur est formulé en termes d'incapacité de poser des «jugements raisonnables» à l'égard de

[957] Ajouté à la *Loi* par R.S.A. 1980, chap. 6 (Supp.), art. 16.

sa personne[958] nous pouvons prétendre que les choix réellement posés par l'individu sont, à tout le moins, un facteur pertinent dont doit tenir compte le tribunal pour l'application de ce critère. Cependant, la loi n'est d'aucune aide lorsqu'il s'agit d'évaluer le caractère «raisonnable».

[958] Sous-alinéa 6(1) b) ii). Le paragraphe 25(1) de la *Loi* prévoit un critère comparable pour la nomination d'un curateur, c'est-à-dire l'incapacité de poser des jugements raisonnables à l'égard de questions touchant en tout ou en partie à ses biens.

VI. L'APTITUDE À SUBIR SON PROCÈS : LA CAPACITÉ EN DROIT PÉNAL

En droit pénal, le problème de la capacité se pose surtout lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accusé est apte à subir son procès. Le contexte du droit pénal diffère de celui du droit civil à plusieurs égards, ce qui a pour effet de limiter la pertinence des évaluations de l'aptitude. Cependant, un certaine nombre de questions méritent d'être abordées. Traditionnellement, le droit pénal impose des mesures particulièrement contraignantes à l'individu. Il est donc particulièrement déplaisant de juger une personne incapable. En outre, on considère qu'il est fondamental que la personne ait droit de réponse et le droit à une défense pleine et entière aux accusations portées contre elle. Or, ce droit est menacé si l'accusé ne jouit pas de toutes ses facultés intellectuelles.

D'autre part, le droit pénal ne prévoit pas la nomination d'un tuteur à l'instance, comme c'est le cas en droit civil. L'intérêt social veut qu'une affaire pénale soit résolue et cet intérêt peut très bien être en accord avec l'intérêt de l'accusé, s'il a une défense valable. L'individu jugé inapte est détenu en vertu d'un bref du lieutenant-gouverneur, ce qui peut entraîner une détention passablement plus longue que si la personne avait été jugée coupable. Il existe donc des facteurs qui s'opposent à ce que la personne soit jugée inapte.

Pendant des siècles, le droit a imposé une certaine norme de santé mentale en deçà de laquelle une personne ne pouvait pas être jugée coupable d'une infraction pénale. Par exemple, au dix-septième siècle, Sir Matthew Hale écrivait ceci :

> [Traduction]
> Si un homme jouissant de mémoire lucide commet une infraction capitale, et s'il perd tout à fait la raison avant sa comparution devant le tribunal, la règle de droit s'oppose à ce qu'il soit interpellé devant un tribunal pendant cette période de démence. Il doit plutôt être détenu en attendant que son incapacité soit levée, puisqu'il ne peut répondre de façon éclairée à l'accusation... Si la mémoire de cette personne devient non lucide après son plaidoyer et avant son procès, elle ne doit pas être jugée[959].

La règle de common law a été codifiée en 1800 par le *Criminal Lunatics Act* qui disposait :

---

[959] M. Hale *The History of the Pleas of the Crown* (1680), p. 35 et s.; cité dans *R. v. Podola*, [1960] 1 Q.B. 324, p. 352. Rappelons qu'à cette période, toutes les infractions importantes étaient punissables de mort.

> [Traduction]
> Si une personne accusée d'une infraction est frappée d'aliénation mentale et qu'au moment qu'il ne soit interpellé un jury légalement constitué à cette fin en juge ainsi, cette personne ne peut être jugée sur cette accusation... le tribunal pourra légalement... demander que ce verdict soit consigné au dossier, et ordonner que la personne soit placée sous bonne garde jusqu'à ce que Sa Majesté en décide autrement, à son bon plaisir[960].

Bien que le droit régissant la détention d'aliénés criminels ainsi que l'établissement et l'administration d'asiles pour aliénés criminels ait subi des modifications importantes au cours du dix-neuvième siècle, la disposition précitée est demeurée pratiquement inchangée en Angleterre.

Cette question est tout à fait distincte de la défense d'aliénation mentale. La défense d'aliénation mentale porte sur la compréhension qu'avait l'accusé de ses gestes au moment où le crime a été commis. Dans un critère classique, il s'agit de déterminer si l'accusé comprenait, au moment de commettre le crime, qu'agissait mal. Pour déterminer si l'accusé est apte à subir son procès, il s'agit de savoir s'il a, le jour du procès, les capacités voulues pour se défendre contre les accusations portées contre lui.

L'arrêt *R. c. Pritchard*, rendu en 1836, renferme un passage classique au sujet de la loi de 1800. Dans cette affaire l'accusé était sourd-muet. À l'instar du droit civil de l'époque, on appliquait les mêmes critères d'incapacité aux sourds-muets qu'aux déments. Le Baron Alderson a adressé le commentaire suivant aux jury choisi pour décider de cette question :

> [Traduction]
> Cette affaire soulève trois questions -- D'abord le mutisme du prisonnier est-il volontaire ou non? Ensuite, peut-il répondre à l'acte d'accusation ou non? Enfin, jouit-il des facultés mentales suffisantes pour comprendre le déroulement des procédures au procès et ainsi présenter une défense convenable, pour savoir qu'il peut contester la nomination de n'importe quel d'entre vous s'il le désire et pour comprendre les détails de la preuve, qui exige en semblable matière, une enquête minutieuse? En conséquence, si, en l'espèce, vous êtes d'avis qu'il n'existe aucun moyen sûr de communiquer les détails du procès au prisonnier, de manière à ce qu'il puisse les comprendre clairement, et de se défendre convenablement à l'encontre des accusations portées contre lui, vous devrez conclure que son esprit n'est pas lucide. Il ne suffit pas qu'il ait la capacité générale de communiquer à l'égard de sujets courants[961].

Aujourd'hui encore, la jurisprudence anglaise applique pratiquement le même critère. Le passage suivant, tiré d'un arrêt de 1977, montre que les facteurs à

---

[960] *Criminal Lunatics Act*, 39/40 George III (1800), chap. 94, art. 2

[961] *R. v. Pritchard* (1836), 7 Car. et p. 304 et s.

considérer pour déterminer l'aptitude seraient sensiblement identiques au critère établi en 1836 :

> [Traduction]
> Nulle part le savant juge ne traite-il des questions sur lesquelles le jury doit fonder ses conclusions : l'aptitude de l'accusé à récuser les jurés, son aptitude à donner des directives à son avocat, son aptitude à comprendre la preuve et son aptitude à présenter lui-même sa preuve[962].

Il incombe à la partie qui allègue l'inaptitude de la prouver[963]. Cependant, la norme applicable ne semble pas faire l'unanimité. En 1960, la Cour d'appel d'Angleterre sembie avoir jugé que le degré de preuves était la prépondérance des probabilités[964]. C'est à cette conclusion qu'en est venu le tribunal dans une affaire où l'aptitude de l'accusé avait été soulevée par la défense. En 1968, le même tribunal a reconnu que la jurisprudence était contradictoire. Il a néanmoins jugé, dans une affaire où l'aptitude avait été soulevée par la Couronne, que cette preuve devait être faite au-delà du doute raisonnable[965]. Cet arrêt semble donc infirmer la règle exprimée dans l'arrêt de 1960, dont les motifs ne semblent pas limiter ce principe qui est exprimé aux cas où la question est soulevée en défense.

L'arrêt de 1960, *R. v. Podola*[966] est intéressant au plan de l'histoire juridique de l'aliénation mentale. Dans cette affaire, l'accusé alléguait qu'il n'avait aucun souvenir des événements qui s'étaient produits pendant la période qui avait précédé son arrestation, y compris la période pendant laquelle il aurait commis le meurtre. En défense, on a allégué qu'il était inapte à subir son procès, puisqu'il serait incapable de témoigner en sa défense et qu'il serait incapable d'avertir son avocat de la possibilité d'opposer certains moyens de défense, comme la provocation. Le tribunal a tenu compte des commentaires de Sir Matthew Hale, précité, et a émis le commentaire suivant à l'égard de l'exposé de Hale sur la mémoire :

> [Traduction]
> Selon M. Lawton [l'avocat de la défense], ces expressions doivent s'appliquer lorsque toute mémoire des événements entourant le crime allégué a été obnubilée en raison d'amnésie hystérique. Cependant, il

---

962 *R. v. Berry* (1977), 66 Cr. App. R. 156 (C.A.).

963 *R. v. Podola* [1960], 1 Q.B. 324, p. 350.

964 Voir *R. v. Podola*, précité.

965 *R. v. Robertson* (1968), 52 Crim. App. R. 690, p.695.

966 [1960] 1 Q.B. 324 (C.A.)

convient de noter que les passages précités sont tirés du chapitre IV, où Sir Matthew Hale traite de «l'état pathologique d'idiotie, de folie et de démence» dans le contexte des infractions pénales. En outre, il faut remarquer que dans le premier passage cité, la «mémoire lucide» est opposée à l'état de la personne «qui a tout à fait perdu la raison» et atteinte de «démence». En conséquence, nous estimons que le mot «mémoire», qui est employé en ce sens, ne se rapporte pas à la faculté de se souvenir mais plutôt à un état d'esprit[967].

Cette affirmation est plutôt surprenante. Lorsque Sir Matthew parle de «mémoire non lucide», il utilise essentiellement la même terminologie que celle employée comme critère standard pour déterminer la capacité de tester. Or, plusieurs siècles de jurisprudence antérieure à l'arrêt *Podola* ont interprété le terme «mémoire» en matière testamentaire comme signifiant la faculté de se souvenir, et ces arrêts ont élaboré des normes relatives au degré de souvenir nécessaire[968]. En outre, le tribunal n'a pas précisé la nature de l'état d'esprit dont traitait Sir Matthew. On serait tenté de suggérer que le tribunal, en l'espèce, avait été motivé, en partie du moins, par la crainte qu'un accusé puisse feindre l'amnésie et ainsi éviter d'avoir à subir son procès.

Par la suite, le tribunal fait une déclaration très ambiguë concernant l'effet sur le fardeau de preuve dans les affaires où l'accusé ne se souvient pas des événements qui constituent le fondement de l'accusation. Dans un premier temps, le tribunal cite le passage suivant tiré de l'arrêt écossais *Russell v. H.M. Advocate* :

[Traduction]
Je me sens contraint de tirer les conclusions suivantes : la perte de mémoire peut être un élément important qui peut amener le jury à conclure que l'accusé est frappé d'aliénation mentale... Cependant, si la perte de mémoire n'atteint pas un certain degré, cet état, chez une personne autrement normale et lucide, peut, s'il fait l'objet d'une preuve suffisante, accroître le fardeau qui repose sur la Couronne, et soulever des doutes qui pourront obliger le jury à rendre un verdict d'acquittement eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire. Cependant, dans l'état actuel de notre droit, cet état ne peut avoir d'autres effets[969].

La Cour d'appel d'Angleterre poursuit en ces termes :

---

[967] P. 352.

[968] Voir par exemple *The Marquess of Winchester's Case* (1598), 6 Co. Rep. 23a; *Marsh v. Tyrell and Harding* (1828), 2 Hagg. Ecc. 84; *Harwood v. Baker* (1840), 3 Moore 282, surtout pp. 290 et s.; *Banks v. Goodfellow* (1870), 5 Q.B. 549.

[969] *Russel v. H.M. Advocate* [1946], S.C. (J.) 37, p. 48; cité dans *l'arrêt Podola* à [1960] 1 Q.B. 355 et s. Les ellipses se trouvent dans l'arrêt *Podola*.

> [Traduction]
> Selon notre interprétation, l'expression «accroître le fardeau qui repose sur la Couronne» ne signifie pas strictement que le fardeau est plus important, mais qu'un juge doit signaler au jury qu'il prenne bonne note du fait que l'accusé ne peut se rappeler les événements[970].

Le résultat est loin d'être clair. D'une part, puisque dans une affaire pénale, il incombe toujours à la Couronne de faire sa preuve au-delà du doute raisonnable, on peut se demander quelle norme supérieure le tribunal écossais voudrait bien imposer. D'autre part, cet arrêt anglais ne fournit aucun indice à l'égard de la valeur probante que le jury devrait accorder au fait que l'accusé ne se rappelle de rien au sujet des événements entourant l'infraction alléguée, sauf pour dire que les jurés n'ont pas à être plus convaincus du bien fondé de la cause de la Couronne.

La jurisprudence américaine ressemble beaucoup à la jurisprudence britannique au plan de sa structure. Le plus récent critère jurisprudentiel, pratiquement semblable au critère anglais, a été établi par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Dusky v. United States* :

> [Traduction]
> Nous souscrivons au critère du solliciteur général, qui pourrait être formulé comme suit : l'accusé a-t-il actuellement l'aptitude suffisante pour consulter son avocat avec un degré raisonnable de compréhension rationnelle et a-t-il une compréhension rationnelle et factuelle des procédures engagées contre lui[971]?

La jurisprudence nous fournit peu d'exemples utiles d'interprétation de ce critère. On accorde beaucoup d'importance à l'aptitude à témoigner[972]. Un arrêt récent de la Pennsylvanie donne l'interprétation suivante de ce critère : «[Traduction] l'aptitude à comprendre qu'il est accusé d'un crime et à collaborer avec son avocat pour présenter une défense rationnelle»[973]. On peut se demander à quel point cet arrêt éclaircit la situation. La jurisprudence américaine est plus lapidaire au sujet de ce qui ne constitue pas l'inaptitude à subir son procès. Comme c'est le cas en

---

[970] *Podola*, p. 356.

[971] *Dusky v. United States*, 362 U.S. 402, p. 402 (1960).

[972] *United States v. Adams*, 257 F. Supp. 596 (N.Y., 1969), *United States v. Sermon*, 228 F. Supp. 972 (Miss., 1964).

[973] *Commonwealth v. Wimer*, 550 A. 2d 241 (Pa. Super., 1988); voir aussi *People v. Pennington*, 426 P. 2d 942 (Cal., 1967), p. 947.

jurisprudence anglaise, un diagnostic d'aliénation mentale ne suffit pas en soi[974]. Un comportement erratique ou effréné à l'audience ne constitue pas en soi un facteur déterminant puisqu'un tel comportement peut être feint[975]. Le fait que l'anxiété ressentie au procès risque de provoquer des séquelles médicales chez l'accusé n'est pas un facteur dont on doit tenir compte pour juger l'accusé inapte à subir son procès[976].

L'arrêt *United States v. Sermon*[977] mérite d'être comparé à l'arrêt *Podola*. Dans l'affaire *Sermon*, l'accusé souffrait d'un syndrome cérébral organique qui affectait sa mémoire. Même s'il ne s'agissait pas d'une perte totale de mémoire, celle-ci était néanmoins déficiente. Le tribunal s'est exprimé en ces termes pour expliquer la norme de l'aptitude à aider son avocat :

> [Traduction]
> Un accusé n'aide pas à assumer sa propre défense en demandant à son avocat de déposer telle ou telle requête ou en lui disant comment interroger ou contre-interroger un témoin particulier... «l'aptitude à aider son avocat à assurer sa défense» ne s'entend évidemment pas des questions juridiques mais renvoie aux phases de la défense auxquelles l'accusé participe généralement, comme donner sa version des faits, le nom des témoins, etc. Nous croyons important d'ajouter que la principale aide qui doit être apportée à l'avocat est la révélation complète des faits dont l'accusé a connaissance dans les domaines qui font l'objet d'un litige légitime[978].

Le tribunal poursuit en constatant que les renseignements pertinents avaient déjà été fournis à l'avocat par l'accusé et, de façon plutôt illogique, qu'il n'existait aucune preuve à l'effet que l'accusé aurait pu fournir d'autres renseignements pertinents s'il avait été lucide[979]. Évidemment, c'est présumer la question résolue.

Selon la jurisprudence américaine, il est clair que si le tribunal a des motifs raisonnables de douter de l'aptitude de l'accusé à subir son procès, le juge doit

---

[974] *Feguer v. United States*, 302 F. 2d 214 (8th Cir., 1962), p. 236; *United States v. Adams*, 297 F. Supp. 596 (N.Y., 1969).

[975] *United States v. Adams*, 297, F. Supp. 596 (N.Y., 1969).

[976] *Commonwealth v. Witmer*, 550 A. 2d 241 (Pa. Super., 1988).

[977] 228 F. Supp. 972 (1964).

[978] P. 978.

[979] P. 980.

s'assurer que l'accusé est apte, avant de poursuivre le procès[980]. Il incombe à la partie qui allègue l'inaptitude d'en fournir la preuve claire et convaincante[981]. La question à savoir si l'accusé est apte à subir son procès relève d'une décision judiciaire, et même si le tribunal peut évidemment tenir compte de la preuve médicale, il doit arriver à sa propre conclusion[982]. Malgré cette règle, il est fréquent, aux États-Unis, que la question de l'aptitude d'un accusé à subir son procès soit décidée uniquement sur la foi d'une preuve médicale.

L'arrêt *State of Tennessee v. Benton*[983] illustre le type de la preuve normalement présentée à l'instruction pour déterminer si un accusé est apte à subir son procès. Dans cette affaire, des accusations de viols multiples avaient été portées contre un homme dont le fonctionnement mental était sensiblement celui d'un enfant de cinq ans. Une psychologue agréée a témoigné au procès. Elle avait interrogé l'accusé, pour déterminer s'il comprenait la nature des accusations qui avaient été portées contre lui. Elle a administré divers tests psychologiques, et a évalué l'accusé selon *L'échelle d'intelligence pour adultes de Weschler* et le Vineland Adaptive Behaviour Scale[984]. Un travailleur social psychiatrique et un psychiatre ont aussi témoigné. Leurs témoignages portaient sur les entrevues qu'ils avaient eues avec l'accusé. Ces entrevues visaient notamment à déterminer dans quelle mesure il comprenait et se souvenait de son enfance, de son développement à l'âge adulte, de ses circonstances sociales et de son milieu. En l'espèce, une preuve indépendante a en outre été déposée relativement à la manière dont l'accusé fonctionnait dans son milieu social. Les tests psychologiques et les examens d'état mental administrés en l'espèce semblent être typiques d'autres affaires américaines. Des tests neurologiques, notamment les EEG, sont parfois administrés.

---

[980] Voir, par exemple, *Drope v. Missouri*, 420 U.S. 162 (1975).

[981] *Commonwealth v. Witmer*, 550 A. 2d 241 (Pa. Super., 1988).

[982] Voir, par exemple, *Commonwealth v. Witmer*, 550 A. 2d 241 (Pa. Super., 1988); *United States v. Sermon*, 228 F. Supp. 972 (1964).

[983] *State of Tennessee v. Benton* 759 S.W. 2d 427 (Tenn. Cr. App., 1988).

[984] La jurisprudence américaine n'est pas unanime en ce qui concerne la validité constitutionelle de l'emploi de tels tests psychologiques. Selon certains arrêts, l'emploi de ces tests pour classer les enfants d'âge scolaire est inconstitutionnel si l'on démontre qu'ils ne sont pas neutres au plan racial : voir *Larry v. Riles*, 495 F. Supp. 926 (N.D. Cal., 1979). Selon d'autres arrêts, lorsque ces tests sont employés conjointement avec d'autres tests non biaisés, le processus n'est pas nécessairement discriminatoire : voir *PASE v. Hannon*, 506 F. Supp. 831 (N.D. Ill., 1980)

En droit canadien, les dispositions du *Code criminel* régissent la procédure pour déterminer si une personne est apte à subir son procès[985]. Cette procédure comprend deux étapes. Dans un premier temps, avant d'ordonner une enquête, le juge doit décider s'il existe «des raisons suffisantes de douter que l'accusé soit, pour cause d'aliénation mentale, en état de conduire sa défense»[986]. L'arrêt *R. v. McLeod, Pinnock and Farquharson*[987] illustre les critères dont doit tenir compte le juge à cette première étape. Cette affaire portait sur une accusation de meurtre par présomption légale. L'incapacité a été soulevée par l'avocat de l'accusé, qui a fait témoigner un psychiatre et un psychologue. Considérant que cette preuve était ambiguë, le juge au procès a ordonné à l'accusé de subir une évaluation complète à l'unité de médecine légale la plus proche. L'accusé a alors été examiné par un autre psychiatre, un psychologue, une infirmière psychiatrique, un travailleur social et un agent des services correctionnels. Le psychiatre et le psychologue ont témoigné que l'accusé, en dépit de son analphabétisme et de son potentiel intellectuel plutôt médiocre, ne souffrait d'aucune maladie mentale importante et qu'il était apte à subir son procès. Le juge au procès a conclu que la preuve était insuffisante et que la seconde étape de l'enquête n'était donc pas nécessaire. La question de la capacité n'a donc pas été soumise au jury.

La Cour d'appel a jugé que le juge avait bien agi en l'espèce. Il ne revenait pas à la Cour d'appel d'apprécier les contradictions des témoignages. La décision d'entreprendre la deuxième étape de l'enquête était discrétionnaire. Même si le juge au procès a relevé des témoignages contradictoires, la Cour d'appel n'est pas intervenue pour modifier la décision de ne pas entreprendre la deuxième étape de l'analyse.

Si le juge est convaincu qu'il existe un motif suffisant de douter que l'accusé est capable d'assurer sa défense, on passe à la seconde étape. Il s'agit de l'enquête proprement dite. En droit canadien, la procédure de cette seconde étape se déroule selon une formule d'inquisition, plutôt qu'une formule d'opposition. Le principal arrêt en la matière est l'arrêt *R. v. Budic*, de la Cour d'appel de l'Alberta, rendu en 1977 :

---

[985] L.R.C. 1985, chap. C-42.

[986] *Code criminel*, L.R.C. 1985, chap. C-42, par. 615 (1).

[987] *R. v. McLeod, Pinnock and Farquharson* (1983), 6 C.C.C. (3d) 29 (C.A.O.)

[Traduction]
La procédure qui vise à déterminer cette question ne se déroule pas selon une formule d'opposition. Par conséquent, aucun fardeau de preuve, dans le sens traditionnel du terme, n'incombe aux parties. Il appartient plutôt à chacun de faire sa part à l'audition pour en arriver à un verdict approprié, en tenant compte de l'objectif de l'enquête. La preuve présentée, ainsi que ses effets, doivent être appréciés à la lumière de cet objectif. Il faut notamment apprécier si l'accusé est en mesure de donner des directives à son avocat. L'opinion de celui-ci mérite d'être appréciée avec égards puisque c'est lui qui devra décider si les instructions de son client lui permettent d'assurer convenablement la défense qu'il entend présenter ou, comme c'est le cas en l'espèce, qu'il a déjà présentée....Quant au témoignage médical, il devra porter sur l'aptitude de l'accusé à subir son procès, par opposition au moyen de défense à une accusation prévu à l'article 16. La preuve doit permettre d'évaluer la condition ou l'état mental. À mon avis, le tribunal appelé à trancher cette question doit être raisonnablement convaincu que l'accusé n'est pas apte à subir son procès avant de rendre un verdict en ce sens... À mon avis, la présomption de lucidité établie à l'article 16 aux fins de l'accusation elle-même n'entre pas en ligne de compte à cette étape. Il s'agit plutôt d'apprécier l'aptitude de l'accusé conformément à son droit d'être traité équitablement, et en reconnaissant qu'il n'est pas dans l'intérêt de la justice de retarder indéfiniment le verdict qui doit être rendu à l'égard de l'accusation[988].

Selon cet arrêt, il n'y aurait aucun fardeau de preuve à proprement parler dans ce cas. L'on peut se demander si cet arrêt infirme la jurisprudence antérieure qui imposait à la Couronne, dans l'hypothèse où l'accusé avait été jugé inapte à subir son procès, le fardeau de prouver, selon la prépondérance des probabilités, que l'accusé était redevenu apte, dans le cadre d'une enquête subséquente[989].

La loi canadienne précise qu'un «médecin dûment qualifié» doit soumettre un rapport, sauf dans les cas où cela ne serait pas pratique. Dans bien des cas, l'appréciation de l'aptitude s'appuie exclusivement sur une preuve médicale. Cependant, en principe, l'évaluation n'est pas une question strictement médicale. Après l'arrêt *Budic*, la Cour d'appel de l'Alberta a récemment confirmé que l'aptitude à subir un procès devait être appréciée par le juge des faits et que l'opinion médicale, quoique pertinente, n'était pas nécessairement déterminante. Par ailleurs, l'inaptitude de l'accusé à subir son procès n'est pas synonyme d'aliénation mentale[990].

Le critère pour évaluer l'aptitude à subir son procès a été énoncé dans l'arrêt R. v. Woltucky, rendu en 1952 par la Cour d'appel de la Saskatchewan :

---

[988] *R. v. Budic* (1977), 35 C.C.C. (3d) 272 (C.A.A.), p. 278. Voir aussi *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (C.A.C.B.), p. 546.

[989] Voir l'arrêt *R. v. Roberts* (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (C.A.C.B.), p. 548 et s.

[990] Voir *R. v. Morris* (1977), 35 C.C.C. (2d) 157 (C.A.A.).

> [Traduction]
> L'aliénation mentale dont il est question à l'article 967 du Code criminel (maintenant l'article 615) est différente de celle qui est visée à l'article 19 (maintenant l'article 16) et qui permet d'invoquer la défense d'aliénation mentale. Le critère à appliquer consiste à déterminer si l'accusé est en mesure de comprendre les procédures. Lui faire subir un procès alors qu'il ne comprend pas les procédures et qu'il ne peut pas donner de directives à son avocat le priverait probablement de son droit à une défense pleine et entière. Nul ne peut subir un procès s'il n'est pas lucide[991].

Il s'agit essentiellement du même critère qu'en droit anglais et en droit américain.

Trois arrêts illustrent bien l'application de ce critère. Le pendant canadien des arrêts Podola et Sermon est l'arrêt *R. v. Boylen*[992]. Comme c'était le cas dans les arrêts étrangers en la matière, l'accusé dans l'affaire canadienne était incapable de se souvenir des événements sur lesquels la poursuite avait fondé l'accusation de négligence criminelle causant la mort. Comme l'ont fait les tribunaux anglais et américain, le tribunal de la Nouvelle-Écosse n'a pas admis qu'un blanc de mémoire exclue d'emblée la possibilité que l'accusé soit apte à subir son procès. Le tribunal de Nouvelle-Écosse a jugé que la règle en matière d'aptitude était avant tout liée à la procédure. Il s'agit en fait de déterminer si l'accusé est en mesure de comprendre la procédure judiciaire à un degré suffisant qui lui permette de donner des directives à son avocat[993]. Cette approche escamote la question du droit de l'accusé de témoigner seul en sa propre défense. Il s'agirait simplement de déterminer si l'accusé est mentalement apte à répondre aux questions, plutôt que de savoir si l'accusé se souvient de choses pertinentes au sujet de sa propre défense. Cette façon de résoudre le problème est peut être plus claire que le raisonnement employé dans les arrêts américain et anglais, mais elle n'est pas plus satisfaisante pour autant.

Le droit en matière d'individus souffrant d'idées délirantes et leur aptitude à subir un procès est analogue au droit civil sur cette question, puisqu'il est clair que le délire ne signifie pas en soi que l'individu sera jugé inapte. Il existe de la jurisprudence qui rejoint le critère du droit civil qui exige que l'idée délirante ait une incidence sur la faculté décisionnelle. Par exemple, dans l'arrêt *R. v. Woltucky*[994],

---

[991] *R. v. Woltucky* (1952), 103 C.C.C. 43 (C.A. de la Saskatchewan), pp. 46 et s. L'article 19 vise la défense d'aliénation mentale.

[992] *R. v. Boylen* (1972), 18 C.R.N.S. 273 (N.S. Mag. Ct.).

[993] P. 276.

[994] *R. v. Woltucky* (1952), 103 C.C.C. 43 (C.A. Sask.).

l'accusé croyait que les policiers possédaient un appareil qui leur permettait de deviner ses pensées. En l'espèce, il a été jugé que cette croyance délirante aurait un effet tel sur la compréhension de l'accusé des procédures qu'il y avait lieu de le juger inapte.

D'autres arrêts apprécieraient l'idée délirante en fonction des autres facteurs susceptibles d'être soulevés au procès. Le passage suivant d'un arrêt de la Cour d'appel d'Alberta illustre cette proposition :

> [Traduction]
> Lorsque son avocat soumet une défense d'aliénation mentale à l'accusation, l'accusé est en droit de s'attendre que ce moyen de défense soit entendu et ce droit ne doit pas lui être refusé sans motif valable. Il n'est pas rare qu'une idée délirante persiste jusqu'au moment du procès. Le rapport entre le délire et le moyen de défense n'a pas nécessairement un rapport avec l'aptitude de l'accusé de subir son procès. Cette dernière question doit être appréciée à partir de l'ensemble de la preuve présentée au procès. La capacité de distinguer entre le bien et le mal peut justement représenter le moyen de défense que l'avocat entend invoquer, et l'on peut présumer que pendant ses entrevues avec l'accusé, il a obtenu les directives qui lui permettront de préparer sa défense. L'aptitude de subir un procès implique d'autres considérations[995].

En l'espèce, les idées délirantes de l'accusé se rapportaient aux faits de l'affaire. Cependant, le problème des intérêts divergeants mis en évidence dans cet arrêt peut se présenter dans d'autres cas.

L'arrêt *Re Regina v. Gorecki (No. 1)* est intéressant parce qu'il porte sur un individu qui niait sa maladie. Il s'agissait d'une affaire de meurtre. Selon la preuve médicale, l'accusé souffrait de maladie mentale mais était quand même en mesure de comprendre les procédures. La plupart des médecins experts étaient d'avis que l'accusé souffrait d'un désordre affectif. Ce désordre faisait en sorte que l'accusé refusait de considérer tout moyen de défense fondé sur l'aliénation mentale. Selon ces médecins, l'accusé était inapte à subir son procès. La Cour d'appel de l'Ontario ne partageait pas cet avis :

> [Traduction]
> En l'espèce, les savants experts ont émis l'opinion que le Dr. Gorecki était inapte à subir son procès. Pourtant, ils n'ont pas mis en doute sa capacité de comprendre les procédures. Ils ont simplement apprécié le fait qu'il ne pouvait pas accepter la possibilité qu'il avait tort ou qu'il souffrait d'aliénation mentale au moment de la fusillade. Avec égards, nous sommes d'avis que ces médecins n'ont pas appliqué le bon critère pour évaluer l'**aptitude** à subir un procès[996].

---

[995] *R. v. Budic* (1977), 35 C.C.C. (2d) 272 (Cour d'appel d'Alberta), p. 279.

[996] *Reference Re Regina v. Gorecki* (No 1) (1976), 32 C.C.C. (2d) 129 (C.A.O.), p. 134. Les caractère gras se trouvent dans le texte original.

La Cour entérine explicitement un avis de la Cour d'appel d'Angleterre voulant que l'aptitude d'agir dans son propre intérêt véritable n'est pas le critère approprié pour évaluer l'aptitude à subir son procès[997].

Il est intéressant de comparer les arrêts qui traitent du critère d'aptitude en droit pénal aux arrêts de droit civil en matière de capacité. À l'instar des arrêts de droit civil, les critères du droit pénal portent sur l'aptitude. Dans une certaine mesure, le droit pénal apprécie l'aptitude dans un contexte plus étroit qu'en droit civil. En effet, les critères semblent porter exclusivement sur l'aptitude à traiter de questions immédiates, plutôt que l'aptitude de placer sa propre vie ou ses propres choix en perspective. Même s'il ne s'agit pas du critère pour évaluer la capacité, il est difficile d'imaginer un tribunal civil affirmer que l'aptitude à agir en fonction de son propre intérêt véritable n'est pas le critère pertinent dans l'évaluation de la capacité, comme l'a fait le tribunal de juridiction pénale dans l'arrêt *Gorecki*. Cela ne signifie pas que le fait d'agir dans son propre intérêt véritable soit le critère en matière civile. Nous voulons plutôt montrer que les critères du droit civil visent à assurer que les idées délirantes n'empêchent pas une personne d'exercer des choix qui lui permettront d'agir ou non dans son propre intérêt véritable. La mémoire n'est pas un facteur jugé pertinent dans l'évaluation de l'aptitude en matière pénale. En matière civile, au contraire, la mémoire prend une importance capitale. Comme nous l'avons déjà vu, la preuve qu'une personne peut fonctionner en société au moment de l'audition et par le passé est fréquemment présentée dans les instances civiles qui visent à déterminer la capacité. Cette preuve serait même obligatoire dans les procédures en vertu de la *Loi sur l'incapacité mentale*. Cette preuve n'est généralement pas présentée dans les procédures pour évaluer l'aptitude à subir son procès. L'évaluation civile de la capacité demande une appréciation large des aptitudes de l'individu alors que l'évaluation de l'aptitude par une instance pénale est plus limitée et porte sur des questions beaucoup plus restreintes.

[997] Ibid., pp. 133 et s. La Cour invoque l'arrêt anglais *R. v. Robertson* (1968), 52 Cr. App. R. 690.

EXPOSÉS REÇUS PAR L'ENQUÊTE

M^me^ Emilia M. Akunas
729 Hillsdale Crescent
Sudbury (Ontario)
P3E 3S7

Daté du 20 mars 1989

M. Raj Anand
Commissaire en chef
Commission ontarienne des droits de la personne
400, avenue University
12^e^ étage
Toronto (Ontario)
M7A 2R9

Daté du 14 avril 1989

M^me^ Pat Bethune
Présidente
Association des infirmières et infirmiers de l'Ontario
85, rue Grenville
Bureau 600
Toronto (Ontario)
M5S 3A2

Daté du 23 octobre 1989

M^me^ Eileen Bigley
Directrice générale
Alzheimer Association of Ontario
131, rue Bloor ouest
Bureau 423
Toronto (Ontario)
M5S 1R1

Datés du 14 juillet 1989
et du 20 octobre 1989

M^me^ Elizabeth M. Blaine
C.P. 1315, R.R. 2
Odessa (Ontario)
K0H 2H0

Daté du 17 février 1989 et
second exposé non daté

D^re^ Susan J. Bradley
Psychiatre en chef
Hospital for Sick Children
555, avenue University
Toronto (Ontario)
M5G 1X8

Daté du 2 mai 1989

M^me^ Sheila Bristo
Directrice générale
Association canadienne pour la santé mentale
St. Catharines et district
15, rue Wellington
St. Catharines (Ontario)
L2R 5P7

Daté du 17 février 1989

M^me^ Angela Browne
C.P. 161
St. Catharines (Ontario)
L2R 6S4

Daté du 3 avril 1989

M^me^ Charlotte Burkhardt
Conseillère
The Homewood Sanitarium
150, rue Delphi
Guelph (Ontario)
N1E 6K9

Datés du 5 avril 1989 et
du 19 octobre 1989

M^me^ Marjorie Buzak
Secrétaire
Section de Windsor
Ontario Friends of Schizophrenics
2870, boulevard Dominion
Windsor (Ontario)
N9E 2M8

Daté du 14 mars 1989

Dr Dugal Campbell
Directeur général
Fondation ontarienne de la santé mentale
365, rue Bloor est
Bureau 1708
Toronto (Ontario)
M4W 3L4

Datés du 7 avril 1989 et du 24 octobre 1989

M. R.A. Dobson-Smith
Président
Citizen's Commission on Human Rights
696, rue Yonge
Bureau 305
Toronto (Ontario)
M4Y 2A7

Datés de mai 1989 et du 6 décembre 1989

Mme June M. Code
3212, place Linwood
Bureau 2
Windsor (Ontario)
N9C 1P8

Datés de mars 1989 et du 8 septembre 1989

Mme Doris Constable
275, rue Charlotte
Bureau 3
Peterborough (Ontario)
K9J 2V3
Daté du 6 avril 1989

Dr Michael D. Coughlin
Conseiller en déontologie
Hôpital St. Joseph
50, avenue Charlton est
Hamilton (Ontario)
L8N 4A6

Daté du 2 octobre 1989

M. James D. Cummings
Psychométriste
Centre régional du Sud-Ouest Ministère des Services sociaux et communautaires
C.P. 1000
Blenheim (Ontario)
N0P 1A0

Daté du 22 mars 1989

M. Gordon R. Cunningham
Président
Ontario Hospital Association
150, chemin Ferrand
Don Mills (Ontario)
M3C 1H6

Datés du 25 juillet 1989 et du 15 novembre 1989

M. J. Howard Danson
Directeur intérimaire
Direction des hôpitaux psychiatriques
Ministère de la Santé
15, boul. Overlea, 6e étage
Toronto (Ontario)
M4A 1A9

Daté du 10 mai 1989

Dr John C. Deadman
Président
The Ontario Psychiatric Hospitals and Hospital Schools Medical Staff Association
Hôpital psychiatrique de Hamilton
C.P. 585, 100, 5e Rue ouest
Hamilton (Ontario)
L8M 3K7

Daté du 5 juin 1989

Mme C.M. Donald
Coalition pour les droits des personnes lesbiennes et gaies en Ontario
C.P. 822, succursale A
Toronto (Ontario)
M5W 1G3
Daté du 29 mars 1989

M^me^ Trudy Donovan
Superviseure, Gestion des
cas de psychiatrie
Programme communautaire pour
la santé mentale
421, rue Bay
5^e^ étage, tour Station
Sault-Sainte-Marie (Ontario)
P6A 1X3

Daté du 16 octobre 1989

Soeur Miriam Downey
Directrice générale
Hôpital général St. Joseph
C.P. 3251
Thunder Bay (Ontario)
P7B 5G7

Daté du 18 septembre 1989

M^lle^ Joanne Dowsley
Vice-présidente
L'Hôpital général de
St. Catharines
142, rue Queenston
St. Catharines (Ontario)
L2R 7C6

Datés du 14 mars 1989 et
du 10 octobre 1989

D^r^ R.J. Draper
Président,
Directeurs médicaux
Hôpitaux psychiatriques
provinciaux
Ministère de la Santé
C.P. 1050
Brockville (Ontario)
K6V 5W7

Daté du 7 avril 1989

M^me^ Debra Eklove
Directrice générale
The Ontario Psychiatric Hospitals
and Hospital Schools Medical
Staff Association
3, chemin Douglas
Toronto (Ontario)
M4W 2B2

Daté du 12 décembre 1989

M^me^ Alice M. Earl
Rédactrice et éditrice
Peer Advocate
Psychiatric Survivors
P.O. Box 60845
Longmeadow, MA
01116-0845

Daté du 12 mai 1989

M^me^ Elsie Etchen
Présidente
Ontario Friends of
Schizophrenics
Bureau de l'administration
C.P. 217, succursale O
Toronto (Ontario)
M4A 2W3

Daté du 6 avril 1989

M^me^ Janet Farrell
Directrice générale adjointe
Soins aux patients
Hôpital St. Peter
88, avenue Maplewood
Hamilton (Ontario)
L8M 1W9

Daté du 23 mars 1989

M. Joachim D. Fecht
Président
L'Association des travailleurs
sociaux professionnels de
l'Ontario
410, rue Jarvis
Toronto (Ontario)
M4Y 2G6

Daté du 9 mai 1989

M^me^ Rosalyne Federman
199, chemin Grandravine
Downsview (Ontario)
M3J 1B8

Daté du 30 mai 1989

M. Denis Fortin
Coordonnateur général
Services de santé en français
Ministère de la Santé
Édifice Hepburn, 7e étage
Queen's Park
Toronto (Ontario)
M7A 1R3

Daté du 27 octobre 1989

Mme Fay Geitzhals
Superviseure des services sociaux dispensés aux personnes âgées
Service à la famille et à l'enfance juives
4600, rue Bathurst
Willowdale (Ontario)
M2R 3V3

Daté du 7 avril 1989

Mme Rosemary Ginger
Agente de réadaptation communautaire
Services de réadaptation à la communauté
Community Resources Consultants of Toronto
120, avenue Eglinton est
Bureau 800
Toronto (Ontario)
M4P 1E2

Daté du 18 juillet 1989

M. David Giuffrida
Conseiller juridique
Bureau du défenseur des droits des malades mentaux
Édifice Suncor, 8e étage
56, rue Wellesley ouest
Toronto (Ontario)
M5S 2S3

Daté du 24 mai 1989

Dr Benjamin Goldberg
Directeur, Neuropsychiatrie du développement
Université de Western Ontario
Annexe des Sciences de la santé
London (Ontario)
N6A 5C1

Daté du 4 avril 1989

Dr Eudice Goldberg
Chef, Division de la médecine des adolescents
Hospital for Sick Children
555, avenue University
Toronto (Ontario)
M5G 1X8

Daté du 2 mai 1989

Mme Catherine Gray
Présidente
Ottawa Auxiliary to Rideau Regional Centre
8B Stonehill Court
Kanata (Ontario)
K2M 1E5

Daté de juin 1989

M. C.T. Greensmith
Directeur et médecin hygiéniste
Bureau de santé de Sarnia-Lambton
333, rue George
Sarnia (Ontario)
N7T 4P5

Daté du 6 avril 1989

M. Ken R. Harman
Directeur général
Conseil régional de santé de Haldimand-Norfolk
C.P. 5081
101 Nanticoke Creek Parkway
Townsend (Ontario)
N0A 1S0

Daté du 18 septembre 1989

Dr David J. Harris
Professeur adjoint de psychiatrie
Hôpital Victoria
Clinique de psychogériatrie
375, rue South
London (Ontario)
N6A 4G5

Datés du 23 mars 1989 et
du 19 décembre 1988

M. Peter Hewett
1334, rue Hilliard
Peterborough (Ontario)
K9H 5S4

Daté du 7 avril 1989

Mme Madeleine Honeyman
Ancienne présidente
Alzheimer Society of Ottawa-Carlton
1525, avenue Carling
Niveau inférieur
Ottawa (Ontario)
K1Z 8R9

Daté du 20 mars 1989

Mme Madeleine Honeyman
Présidente, Comité spécial
Réaction au Rapport de Stephen Fram
Le Conseil sur le vieillissement
256, avenue King Edward
Ottawa (Ontario)
K1N 7M1

Daté du 4 avril 1989

M. Donald Irish
82, place Leaside
Waterloo (Ontario)
N2J 2N5

Daté du 12 avril 1989

Mme Marlene Jackson
Directrice générale adjointe,
Services aux patients
L'Hôpital général de Penetanguishene
25, rue Jeffery
Penetanguishene (Ontario)
L0K 1P0

Daté du 6 avril 1989

M. Klaus W. Jechel
319, place Arrowhead
Kingston (Ontario)
K7M 3L4

Daté du 20 février 1989

Dr Llewellyn W. Joseph
Psychiatre en chef et
directrice de clinique
Ministère de la Santé de l'Ontario
Hôpital psychiatrique de London
C.P. 2532, succursale A
850, avenue Highbury
London (Ontario)
N6A 4H1

Daté du 11 octobre 1989

Mme Sandra A. Kantymir
435 Amethyst Crescent
Thunder Bay (Ontario)
P7C 1T3

Daté du 28 mars 1989

Mme M.C. Kavanagh
849, avenue Maryland
Ottawa (Ontario)
K2C 0H9

Daté d'avril 1989

Dr Perry R.W. Kendall
Médecin hygiéniste
Bureau de santé de la ville de Toronto
Hôtel De Ville
Tour Est, 7e étage
Toronto (Ontario)
M5H 2N2

Datés du 26 avril 1989 et du 18 octobre 1989

M. William R. Kent
283, rue George
Toronto (Ontario)
M5A 2N2

Daté de février 1989

Mme Nancy King
Gestionnaire des biens immobiliers
Y.C.C. 228 - The Alienway
Bureau de gestion
360, avenue Ridelle
Toronto (Ontario)
M6B 1K1

Daté du 9 mai 1989

Dr Y.P. Lapierre
Professeur et président
Psychiatre en chef
Royal Ottawa Hospital
1145, avenue Carling
Ottawa (Ontario)
K1Z 7K4

Daté du 26 octobre 1989

Dr M.P. Lau
The Salvation Army
Scarborough Grace General Hospital
3030, promenade Birchmount
Scarborough (Ontario)
M1W 3W3

Non daté

Dr Alan W. Leschied
London Family Court Clinic Inc.
Palais de justice
80, rue Dundas
C.P. 5600, succursale A
London (Ontario)
N6A 2P3

Daté du 26 mai 1989

Mme Anne Locatelli
61, boul. Kawartha Heights
Peterborough (Ontario)
K9J 1N5

Daté du 26 février 1989

Dr Tom F. Lofft
Directeur
Clinique familiale
2234, rue Hurontario
Mississauga (Ontario)
L5L 2A7

Daté du 10 octobre 1989

M. John Lord
Groupe d'analyse des politiques
Centre for Research & Education in Human Services
C.P. 3036, succursale C
Kitchener (Ontario)
N2G 4R5

Daté du 27 mars 1989

M. Bob Loveless
Président
Ministre délégué aux Affaires des personnes handicapées
Conseil consultatif de l'Ontario sur les personnes handicapées
700, rue Bay
Bureau 203
Toronto (Ontario)
M5G 1Z6

Daté du 12 octobre 1989

M^lle Marie Lund
Directrice générale
Programme de soins à domicile pour la communauté urbaine de Toronto
45, avenue Sheppard est
7^e étage
Willowdale (Ontario)
M2N 5W9

Daté du 19 octobre 1989

M^me Patricia Anne MacCarthy
15½, chemin Hillview
St. Catharines (Ontario)
L2S 1S1

Non daté

D^r M.J. MacKay
222, rue Osborne sud
Studio 20
Winnipeg (Manitoba)
R3L 1Z3

Daté du 26 mai 1989

D^r R.J. MacLeod
Président
Canadian Academy of Child Psychiatry
Hôpital Chedoke-McMaster
C.P. 2000, Evel. III
Hamilton (Ontario)
L8N 3Z5

Daté du 1^er décembre 1989

D^r François M. Mai
Chef, Service de psychiatrie
Université d'Ottawa - Hôpital général d'Ottawa
501, chemin Smyth
Ottawa (Ontario)
K1H 8L6

Daté du 29 mars 1989

D^r Patricia A. Main
Présidente
Conseil régional de santé de la communauté urbaine de Toronto
1246, rue Yonge
Toronto (Ontario)
M4T 1W5

Daté du 14 avril 1989

D^r B.A. Martin
Chef, Épidémiologie et biostatistiques
Section de la recherche
Institut de psychiatrie Clarke
250, rue College
Toronto (Ontario)
M5T 1R8

Daté du 8 novembre 1989

M^me Dorothy McGee
Présidente
Psychiatric Nursing Interest Group Registered Nurses Association of Ontario
33, rue Price
Toronto (Ontario)
M4W 1Z2

Daté d'avril 1989

M. Ronald W. McInnes
Président
Ministre délégué aux Affaires des personnes handicapées
Conseil consultatif de l'Ontario sur les personnes handicapées
700, rue Bay
Bureau 203
Toronto (Ontario)
M5G 1Z6

Daté du 6 avril 1989

M^me Donna Merritt
1816, rue Sabo
Kingsville (Ontario)
N9Y 3A5

Daté du 2 mars 1989

D[r] Guyon Mersereau
Psychiatre attitré
Hamilton General Hospital
C.P. 585
Hamilton (Ontario)
L9C 3N6

Daté de décembre 1989

D[r] George B. Miller
Secrétaire-trésorier
Section de l'Ontario
Collège des médecins de famille du Canada
4000, rue Leslie
Willowdale (Ontario)
M2K 2R9

Daté du 5 avril 1989

D[re] Beth Mitchell
Présidente
Ontario Chief Psychologists Association
800, chemin Commissioners est
London (Ontario)
N6A 4G5

Daté du 26 avril 1989

M[me] Barbara Moffat
Directrice générale
L'Association canadienne pour la santé mentale
C.P. 22
Peterborough (Ontario)
K9J 6Y5

Daté du 17 avril 1989

M. G.V. Moogk
Président intérimaire
Oakville-Trafalgar Memorial Hospital
327, rue Reynolds
Oakville (Ontario)
L6J 3L7

Daté du 27 mars 1989

M. Ken Schultz-Nielsen
Poste restante
Bancroft (Ontario)
K0L 1C0

Daté du 25 février 1989

M[me] Jean Nesbitt
Superviseure, Services de soins infirmiers de santé publique
Bureau de santé de la Municipalité régionale de Durham
301, rue Golf
Oshawa (Ontario)
L1G 4B2

Daté du 19 avril 1989

M[me] Joyce R. Ostrander
14, rue St. Joseph
St. Thomas (Ontario)
N5R 1S9

Daté du 3 avril 1989

M. William C. Pakeman
77, promenade Shandon
Scarborough (Ontario)
M1R 4M4

Daté du 25 janvier 1989

M. D.J. Panton
870, rue Ducharme
Windsor (Ontario)
N9G 1K7

Daté du 18 février 1989

D[r] Jerald E. Paquette
181 Queen Anne Circle
London (Ontario)
N6H 4B8

Datés du 30 novembre 1989 et du 25 novembre 1989

M. Kenneth N. Parsons
Secrétaire
Waterloo Regional Homes for
Mental Health Inc.
501, rue Krug
Bureau 112
Kitchener (Ontario)
N2B 1L3

Daté du 31 mars 1989

D^r^. J.D. Pudden
Directeur et médecin
hygiéniste
Bureau de santé de
Middlesex-London
50, rue King
London (Ontario)
N6A 5L7

Daté du 14 avril 1989

M. Hamish M. Raffan
153, promenade Riverview
Guelph (Ontario)
N1E 3R9

Datés du 18 avril 1989 et
du 22 février 1989

M. Mac Rettie
Président
L'Association canadienne pour
la santé mentale
Succursale de North Bay
129, rue Main ouest
North Bay (Ontario)
P1B 2T6

Daté du 30 mars 1989

M^me^ Geraldine Rice
144, rue Palmer
Guelph (Ontario)
N1E 2R4

Datés du 9 mars 1989 et
du 7 août 1989

Soeur Gisèle Richard
Présidente
Le Conseil sur le vieillissement
256, avenue King Edward
Ottawa (Ontario)
K1N 7M1

Daté du 4 avril 1989

D^r^ Brian A. Ridgley
Chef, Service de psychologie
Sunnybrook Medical Centre
2075, avenue Bayview
Pavillon H, Bureau H-332
North York (Ontario)
M4N 3M5

Daté de mai 1989

M^me^ Patricia Roberts
2515, chemin Princess
Windsor (Ontario)
N8T 1V6

Daté du 7 mars 1989

D^r^ Peter G. Rumney
Pédiatre attitré
Administrateur, Programme des
traumatismes crâniens
Centre médical Hugh MacMillan
350, chemin Rumsey
Toronto (Ontario)
M5G 1C5

Daté du 7 avril 1989

M^me^ Brenda Ryan
22, promenade Brookridge
Scarborough (Ontario)
M1P 3M1

Daté du 24 septembre 1989

M^me^ Joyce Santamaura
Directrice générale
Manic-Depressive Association
of Metropolitan Toronto
40, boul. Orchard View
Bureau 252
Toronto (Ontario)
M4R 1B9

Daté du 28 avril 1989

M. Alex Saunders
Directeur général
Association des psychiatres du Canada
294, rue Albert
Bureau 204
Ottawa (Ontario)
K1P 6E6

Daté du 8 juin 1989

D[r] J.A. Saunders
Directeur, Services de santé
Ontario Medical Association
250, rue Bloor est
Bureau 600
Toronto (Ontario)
M4W 3P8

Daté du 11 mai 1989

M. Klaus D. Seeger
Président
Institut canadien des inspecteurs en hygiène publique
C.P. 687
Clinton (Ontario)
N0M 1L0

Daté du 17 octobre 1989

D[r] Anthony A. Shardt
Registrateur adjoint
Recherche et élaboration des politiques
Ordre des médecins et chirurgiens de l'Ontario
80, rue College
Toronto (Ontario)
M5G 2E2

Daté du 20 novembre 1989

M[me] Carolyn F. Shushelski
Directrice générale,
Conseillère juridique principale
Service des lois
Ontario Hospital Association
150 Ferrand Drive
Don Mills (Ontario)
M3C 1H6

Daté du 22 février 1989

D[r] C.M.C. Smelt
Chef du service de gériatrie
Hôtel-Dieu
840, avenue McConnell
Cornwall (Ontario)
K6H 5S5

Datés du 29 mars 1989 et du 6 septembre 1989

M[me] Rosalyn Train
Ministère du Procureur général
Bureau des procureurs de la Couronne, Droit civil
720, rue Bay
8[e] étage
Toronto (Ontario)
M5G 2K1

Daté du 22 mai 1989

M[me] Mary Beth Valentine
Coordonnatrice provinciale
Bureau du défenseur des droits des malades mentaux
Édifice Suncor, 8[e] étage,
56, rue Wellesley ouest
Toronto (Ontario)
M5S 2S3

Daté du 24 mai 1989

M. Robert Walker
Président
Conseil régional de santé de Rideau Valley
1, rue Abel, C.P. 487
Smith Falls (Ontario)
K7A 4T4

Daté du 7 avril 1989

M. James W. Whaley
Directeur général
Conseil régional de santé de Wellington-Dufferin
317, avenue Speedvale est
Guelph (Ontario)
N1E 1N3

Daté du 12 avril 1989

M^me^ Mary Weir
435, rue Isaac
Poste restante
Wiarton (Ontario)
N0H 2T0

Non daté

M. Don Weitz
100, avenue Bain
The Oaks, app. 12
Toronto (Ontario)
M4K 1E8

Daté du 1^er^ mai 1989

M^me^ Anna Wex
Directrice générale adjointe
Conseil régional de santé d'Ottawa-Carleton
955 Green Valley Crescent
Bureau 350
Ottawa (Ontario)
K2C 3V4

Daté du 4 avril 1989

M. et M^me^ William G. Wise
55, avenue Tweedsmuir
Sarnia (Ontario)
N7S 2R9

Daté de mars 1989

M^me^ Rhona Wolpert
Présidente
Canadian Association of Psychoanalytic Psychotherapists for Children
160, avenue Balmoral
Bureau 1205
Toronto (Ontario)
M4V 1J7

Daté du 15 septembre 1989

RÉFÉRENCES

Lois et règlements du Canada

An Act respecting Lunatics (Ontario), 50 Victoria (1887) chap.54

An Act Respecting Lunatics (2), C.S.O. 1897, chap.341

An Act to Amend the Consolidated Statute respecting the Court of Chancery (Ontario), 28 Victoria (1865) chap.17

An Act to authorise the erection of an Asylum within this Province, for the reception of Insane and Lunatic persons (Ontario), 2 Victoria (1839) chap.11

An Act to authorize the Quarter Sessions of the Home District to provide for the relief of insane destitute persons in that District (Ontario), 11 George IV (1830) chap.20

An Act to remove certain doubts as to the jurisdiction conferred upon the Court of Chancery in Upper Canada, in matters relating to Lunatics, Idiots, and persons of unsound mind, and their Estates (Ontario, Upper Canada), 9 Victoria (1846), chap.10

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap.C-12

Children's Institutions Act, L.R.O. 1980, chap.67

Children's Maintenance Act, L.O. 1931, chap.34

Children's Mental Health Services Act, L.R.O. 1980, chap.69

Code criminel, L.R.C. 1985, chap.C-46

Code des droits de la personne de l'Ontario, 1981, L.O. 1981, chap.53

Court of Chancery Act (Ontario), 22 Victoria (1859), chap.12

Déclaration canadienne des droits, L.C. 1960, chap.44

Dependent Adults Act, L.A. 1976, chap.63

Dependant Adults Act (Alberta), L.C.A. chap.D-32

Dependent Adults Amendment Act, 1980 (Alberta), L.A. 1980, chap.15

Dependent Adults Amendment Act, 1985 (Alberta), L.A. 1985, chap.21

Equality Rights Statute Law Amendment Act, L.O. 1986, chap.64

General Welfare Act, L.O. 1958, chap.33

Incompetent Persons Act, L.R.N.-É. 1967, chap.135

Insane Asylums Act Amendment Act (Colombie-Britannique), 56 Victoria (1893) chap.18

Insanity Act, L.A. 1907, chap.7

Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille, L.O. 1984, chap.55

Loi de 1986 modifiant des lois concernant les droits à l'égalité, L.O. 1986, chap.64

Loi de 1986 sur le droit de la famille, L.O. 1986, chap.4

Loi portant réforme du droit de l'enfance, L.R.O. 1980, chap.68

Loi sur la majorité et la capacité civile, L.O. 1971, chap.98, consolidée dans les L.R.O. 1980, chap.7.

Loi sur la protection du malade mental, L.C.Q. 1977, chap.P-41

Loi sur la santé mentale, R.R.O. 1980, Règl. 609, Formule 1, tel que modifié

Loi sur la santé mentale (Nouveau-Brunswick), L.R.N.-B. 1973, chap.M-10 [mod. 1976, chap.12]

Loi sur la santé mentale (Ontario), L.R.O. 1980, chap.262

Loi sur la vente d'objets, L.R.O. 1980, chap.462

Loi sur les hôpitaux privés, L.R.O. 1980, chap.389

Loi sur les hôpitaux psychiatriques, L.R.O. 1980, chap.263

Loi sur les hôpitaux publics, Règl. O. 518/88, art.25

Loi sur les hôpitaux publics Règl. O. 216/52, art.43, consolidé dans les R.R.O. 1980, Règl. 523, art.42

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, chap.Y-1

Loi sur les personnes déficientes, L.C.N.-B. 1973, chap.I-8

Loi sur les procurations, L.R.O. 1980, chap.386

Loi sur les services aux personnes atteintes d'un handicap de développement, L.O. 1974, chap.2

Loi sur l'incapacité mentale, L.R.O. 1980, chap.264

Loi sur l'inscription des psychologues, L.R.O. 1980, chap. 404

Lunacy Act (Colombie-Britannique), 60-61 Victoria (1897), chap.17

Lunacy Act (Ontario), 9 Édouard VII (1909) chap.37

Lunacy Act (L.R.C.-B.) 1897, chap.126

Lunacy Act, L.R.N.-É. 1900, chap.125

Lunacy Amendment Act, 1937, L.O. 1937, chap.39

Lunacy Law Amendment Act (Ontario), 1 George V (1911), chap.20

Lunatics' Estates Act, L.A. 1916, chap.11

Medical Consent Act, L.N.-É. 1988, chap.14

Mental Defectives Act Amendment Act, 1937, L.A. 1937, chap.46

Mental Health Act (Manitoba), L.R.M. 1987, chap.M110, art.25(1), telle que

modifiée par la L.R.M. 1987 Suppl., chap.23, art.7

Mental Health Act (Ontario), L.R.O. 1960, chap.235

Mental Health Act (Ile-du-Prince-Édouard), L.R.I.-P.-É. 1974, chap.M-9

Mental Health Act (Territoire du Yukon), L.R.Y. 1986, chap.115

Mental Health Act (Alberta), L.A. 1988, chap.M-13.1

Mental Health Act (Colombie-Britannique), L.C.-B. 1964, chap.29

Mental Health Act (Nouvelle-Écosse), L.N.-É. 1971, n°80

Mental Health Act (Territoires du Nord-Ouest), L.T.N.-O. 1985, chap.6 (2d)

Mental Health Act (Ontario), L.O. 1967, chap. 51

Mental Health Act Amendment Act, L.O. 1987, chap.37

Mental Health Amendment Act, L.O. 1983, chap.75

Mental Health Services Act, L.S. 1984-85-86, chap.M-13.1

Mental Hospitals Act, L.R.O. 1950, chap.229

Mental Hospitals Act, L.R.O. 1960, chap.236

Mental Hospitals Amendment Act (Ontario), L.O. 1960, chap.67

Mental Hospitals and Schools Act, L.O. 1935, chap.39

Mental Incompetency Act, L.O. 1964, chap.60

Mentally Disordered Persons Act, L.C.S. chap.M-14

Power of Attorney Act, telle que modifiée par les L.C.-B. 1979, chap.2

Powers of Attorney Act, L.N.-É. 1988, chap.17

Powers of Attorney Amendment Act, L.O. 1983, chap.74

Private Sanitaria Act, L.R.O. 1980, chap.391

Public Curatorship Act, C.S.Q. 1977, chap. C-80

Public Hospitals Act, L.R.N.-É. 1967, chap.249

Public Hospitals Act, L.R.N.-É. 1967, chap.249, art.46(1), telle que modifiée par les L.N.-É. 1977, chap.45, art.8

Règles de procédure civile de l'Ontario, R.7

Règl. O. 100/74, art.11 (en vertu de la *Loi sur les hôpitaux publics*)

Règl. O. 100/74, art.11, consolidé dans le R.R.O. 1980, Règl. 865, art. 50, 51

Règl. O. 729/52 (en vertu de la *Loi sur les hôpitaux publics*)

Droit international

American Bill of Rights, amendements à la Constitution des États-Unis

Charte des Nations-Unies, signée en 1945 et modifiée en 1963, en 1965 et en 1971

Convention européenne pour la protection des droits et des libertés fondamentales (1950), Eur. T.S. n°5; Council Eur. Doc H(79) 4(1979)

Convention internationale sur les droits économiques, sociaux et culturels, signée en 1966, annexe de la rés. G.A. 2200(XXI), 21 O.N.U. GAOR, Suppl. (n°16) 49, O.N.U. Doc. A/6316, (1966)

Convention internationale sur les droits civils et politiques, signée en 1966, annexe de la rés. G.A. 2200(XXI), 21 O.N.U. GAOR, Suppl. (n°16) 49, O.N.U. Doc. A/6316, 1966

Déclaration des droits des handicapés des Nations-Unies, Rés. G.A. 3447 (XXX), (1975)

Déclaration des droits des malades mentaux des Nations-Unies, Rés. G.A. 2856(XXVI), (1971)

Déclaration universelle des droits de l'homme des Nations-Unies, U.N.G.A. Res. 217A(III), 3 U.N. GAOR Supp. (N° 13) 71, U.N. Doc. A1810(1948)

Protocole facultatif de la convention internationale de 1986 sur les droits civils et politiques, signé en 1966, annexe de la rés. G.A. 2200(XXI), 21 O.N.U. GAOR, Suppl. (n°16) 49, O.N.U. Doc. A/6316, 1966

Droit britannique

An Act for consolidating and amending the Laws relating to Property belonging to Infants, Femes Covert, Idiots, Lunatics and Persons of Unsound Mind, 11 George IV/1 William IV (1830) c.65

An Act for regulating for Three Years, and from thence until the then next Session of Parliament, the Care and Treatment of Insane Persons in England, 2/3 William IV (1832) c.107

An Act for regulating Madhouses, 14 George III (1774) c.49

An Act for the better Care and Maintenance of Lunatics, being Paupers or Criminals in England, 48 George III (1808) c.96

An Act for the Regulation of Proceedings under Commissions of Lunacy, and the Consolidation and Amendment of the Acts respecting Lunatics so found by Inquisition, and their Estates, 16/17 Victoria (1852) c.70

An Act for the Regulation of the Care and Treatment of Lunatics, 8/9 Victoria (1845) c.100

An Act to alter and amend the Practice and Course of Proceeding under Commissions in the Nature of Writs De lunatico inquirendo, 5/6 Victoria (1842) c.87

An Act to amend an Act passed in the Ninth Year of Her Majesty, "for the Regulation of the Care and Treatment of Lunatics", 16/17 Victoria (1853) c.96

An Act to amend and make more effectual the Laws relating to Rogues, Vagabonds, and other idle and disorderly Persons, and to Houses of Correction, 17 Geroge II (1744) c.5

An Act to amend the Laws for the Erection and Regulation of County Lunatic Asylums, and more effectually to provide for the Care and Maintenance of Pauper and Criminal Lunatics, in England, 9 George IV (1828) c.40

An Act to amend the Laws for the Provision and Regulation of Lunatic Asylums for Counties and Boroughs, and for the Maintenance and Care of Pauper Lunatics, in England, 8/9 Victoria (1845) c.126

An Act to amend the Lunatic Asylums Act, 1853, 19/20 Victoria (1856) c.87

An Act to diminish the Inconvenience and Expence of Commissions in the Nature of Writs De lunatico inquirendo; and to provide for the better Care and Treatment of Idiots, Lunatics, and Persons of unsound Mind, found by such Inquisition, 3/4 William IV (1833) c.36

An Act to regulate the Care and Treatment of Insane Persons in England, 9 George IV (1828) c.41

Charte canadienne des droits et libertés, Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982 soit annexe B de la *Canada Act 1982* (R.-U.), 1982, c.11

Constitution Act, 1867 (R.-U.), 30 & 31 Victoria, c.3 (auparavant la *British North America Act*, 1867)

Enduring Powers of Attorney Act, 1985 (R.-U.), 1985, c.29

Lunacy Act 1908 (R.-U.), 8 Édouard VII, c.47

Lunacy Act, 1911 (R.-U.), 1/2 George V, c.40

Lunacy Act, 1890, 53 Victoria (1890) c.5

Lunacy Act, 1922 (R.-U.) 12/13 George V, c.60

Mental Health Act, 1959, 7/8 Elizabeth II, c.72

Mental Health Act, 1983 (R.-U.), 1983, c.20

Mental Treatment Act, 1930, 20/21 George V, c.23

National Assistance Act, 1948 (R.-U.) 11/12 George VI, c.29

The Lunacy Regulation Act, 1862, 25/26 Victoria (1862), c.86

The Lunacy Regulation Amendment Act, 1882, 45/46 Victoria (1882), c.82

The Lunatic Asylums Act, 1853, 16/17 Victoria (1853) c.97

Causes - Canada

Alberta c. Cushman (1987), [1987] A.J. n°1120 (Q.B.)

Alberta c. Dickson (1986), [1986] A.J. n°551 (Q.B.)

Alberta (Public Trustee) c. Ostapowich (1988), [1988] A.J. n°938 (Q.B.)

Anderson et Houge c. Walkey et Mason, [1961] 1 O.R. 289 (C.A.)

Banque de Nouvelle-Écosse c. Kelly (1973), 41 D.L.R. (3d) 273 (C.S.I.P.-É.)

Barnes c. Kirk (1968), [1968] 2 O.R. 213 (C.A.)

Barsy c. Gouvernement du Manitoba (1966), 57 W.W.R. 169 (Q.B. Man.)

Beal c. Henri, [1950] O.R. 780 (C.A.)

Bhinder (K.S.) et la Commission canadienne des droits de la personne c. Canadian National Railway Co. (1985), [1985] 2 S.C.R. 561, 23 D.L.R. (4e) 481, 63 N.R. 185, 9 C.C.E.L. 135, 7 C.H.R.R. D/3093

Boase c. Paul (1931) [1931] O.R. 119, 52 D.L.R. 435 (C.A.)

Burk c. S., B., et K. (1952), [1952] 1 D.L.R. 317 (C.S.C.-B.)

Canadian Disability Rights Council c. Canada (1988), [1988] F.C.J. n°933

Carr c. Gladman (1988), [1988] O.J. n°1776 (Dist. Ct.)

Chartrand c. la Reine (1977), [1977] 1 S.C.R. 314, 8 N.R. 503, 64 D.L.R. (3d) 145, 26 C.C.C. (2d) 417

Childs c. Forfar (1921), 67 D.L.R. 17; 51 O.L.R. 210

Ciarlariello c. Schacter (non rapporté, Haute cour de Justice de l'Ontario, dossier n°7448/81, motifs rendus le 3 novembre 1987)

Clarke c. Clarke (1982), 40 O.R. (2d) 383 à 385 (Dist. Ct.)

Cooper c. R. (1979), 13 C.R. (3d) 97 (C.S.C.)

Deal c. Deal (1966), 60 D.L.R. (2d) 411 (C.S.N.-É.)

Deziel c. Deziel, [1953] 1 D.L.R. 651 (Ont. H.C.)

Durham c. Durham (1885), 10 P.D. 80

Eady c. Waring (1974), 2 O.R. (2d) 627 (C.A.)

Fairchild c. Mitchell et Mattatall (1959), 19 D.L.R. (2d) 521 (C.A.N.-É.)

Fleming c. Reid, non rapporté à ce jour, Cour suprême de l'Ontario, dossier n°RE1010/89, motifs rendus le 27 avril 1989

Succession Foxton c. Bugden (1986), [1986] M.J. n°21 (Q.B.)

Fyckes c. Chisholm (1911), 3 O.W.N. 21

Gammon c. Steeves, [1987] N.B.J. n°1046 (C.A.)

Gillis c. Hulton, [1988] B.C.J. n°846 (C.S.C.-B.)

Gorback c. Ting (1974), [1974] 5 W.W.R. 606 (Man. Q.B.)

Haas c. Nyholm, [1923] 3 W.W.R. 921 (Sask. Dist. Ct.)

Hopp c. Lepp, [1980] 2 S.C.R. 192, 112 D.L.R. (3d) 67

Succession Hrycan c. Hrycan (1986), [1986] S.J. n°534 (Q.B.)

In Re Potton (1864) 1 Chy. Chrs. 192

Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion (1983), [1983] C.S. 438, 2 D.L.R. (4e) 234 (C.S.Q.)

Ivan c. Hartley, [1945] 4 D.L.R. 142 (H.C.)

J.S.C. et C.H.C. c. Wren (1986), 49 Alta. L.R. (2d) 289

Johnson c. Wellesley Hospital et al [1971] 2 O.R. 103, 17 D.L.R. (3d) 139 (H.C.)

Kangas c. Parker (1978), [1978] 5 W.W.R. 668 (C.A. Sask.)

Kitson c. Succession Kitson (1988), [1988] O.J. n°2008 (H.C.)

Kjeldsen c. R. (1981), 24 C.R. (3d) 289 (C.S.C.)

Koncz c. Gyulay (1988), [1988] A.J. n°335 (Surr. Ct.)

Koster c. Falinski (1988), [1988] M.J. n°628 (Q.B.)

Lane c. Terre-Neuve (Director of Child Welfare) (1984), [1984] N.J. n°97 (C.A.)

Léger et Michaud c. Poirier, [1944] S.C.R. 152

Lindsay c. M. (1981), 121 D.L.R. (3d) 261 (C.A.A.)

Male c. Hopmans (1966), [1966] 1 O.R. 647, 54 D.L.R. (2d) 592 (H.C.)

Malette c. Shulman (1987), 63 O.R. (2d) 243 (H.C.) (cause actuellement en appel)

Marshall c. Canada Permanent Trust (1968), 69 D.L.R. (2d) 260 (C.S.A.)

Marshall c. Curry (1933), [1933] 3 D.L.R. 260, 60 C.C.C. 136 (N.S.)

Martineau c. Matsqui Institution Disciplinary Board (1980), [1980] 1 S.C.R. 602, 106 D.L.R. (3d) 385, 30 N.R. 119, 50 C.C.C. (2d) 353

McDonald Estate, Re (1913), 15 D.L.R. 558 (N.S. Probate)

McEwen c. Jenkins (1958), [1958] S.C.R. 719

McGowan c. Haslehurst (1977), 17 O.R. (2d) 440 (H.C.)

McGregor c. Ryan (1965), [1965] S.C.R. 757, 53 D.L.R. (2d) 126

McKay c. O'Doherty (1989), [1989] O.J. n°965

McNab c. Imperial Trust Co. (1935), [1935] 4 D.L.R. 570

Morgentaler, Smoling et Scott c. la Reine (1988), 37 C.C.C. (3d) 449 (C.S.C.)

Mulloy c. Hop Sang (1935), [1935] 1 W.W.R. 714 (C.C.A.)

Murphy c. Lamphier, (1914), 31 O.L.R. 287

Nova Scotia Trust c. Corkum (1961), 31 D.L.R. (2d) 27 (C.A.O.)

Nykiforuk c. Lockwood (1941), [1941] 1 W.W.R. 327 (Sask. Dist. Ct.)

Ogg-Moss c. R. (1984), [1984] 2 S.C.R. 173, 5 O.A.C. 81, 11 D.L.R. (4e) 549, 41 C.R. (3d) 297, 14 C.C.C. (3d) 116

O'Neil c. The Royal Trust Company of Canada (1946), [1946] S.C.R. 622

Operation Dismantle Inc. c. R. (1985), [1985] 1 R.C.S. 441, [1985] S.C.J. n°22

Ouderkirk c. Ouderkirk, [1936] S.C.R. 619

Parmley c. Parmley et Yule (1945), [1945] S.C.R. 635

Peel c. Peel (1912), 3 D.L.R. 696 (Ont. H.C.)

Petty c. MacKay (1979), 10 C.C.L.T. 85, 14 B.C.L.R. 382

Public Trustee c. Morrison, Hanes et Buchner (1980), 30 O.R. (2d) 673, 118 D.L.R. (3d) 85 (H.C.)

R. c. Abbey (1981), 21 C.R. (3d) (C.A.C.-B.)

R. c. Barnier (1980), 13 C.R. (3d) 129 (C.S.C.)

R. c. B.C. (1977), 39 C.C.C. (2d) 469 (C.P.O.)

R. c. Boylen (1972), 18 C.R.N.S. 273 (N.S. Mag. Ct.)

R. c. Budic (1977), 35 C.C.C. (2d) 272 (A.C.A.)

R. c. Craig (1975), [1975] 2 W.W.R. 314, 22 C.C.C. (2d) 212 (C.S.)

R. c. Cyrenne, Cyrenne et Cramb (1981), 62 C.C.C. (2d) 238 (O. Dist. Ct.)

R. c. Dobson (1987), [1987] O.J. n°842 (C.A.)

R. c. Kirby (1985), 21 C.C.C. (3d) 31, 47 C.R. (3d) 97 (C.A.O.)

R. c. Knight (1975), 27 C.C.C. (3d) 343 (Ont. H.C.)

R. c. Loyson (1973), 13 C.C.C. (2d) 202 (C.S.C.-B.)

R. c. McLeod, Pinnock et Farquharson (1983), 6 C.C.C. (3d) 29 (C.A.O.)

R. c. Morris (1977), 35 C.C.C. (2d) 157 (C.A.A.)

R. c. Rabey (1977), 17 O.R. (2d) 1, 79 D.L.R. (3d) 414, 37 C.C.C. (2d) 461, 40 C.R.N.S. 46 (C.A.)

R. c. Roberts (1975), 24 C.C.C. (2d) 539 (C.A.C.-B.)

R. c. Shepherd, (non rapporté à ce jour, Cour de district de l'Ontario, 1989)

R. c. Simpson (1977), 16 O.R. (2d) 129, 77 D.L.R. (3d) 507, 35 C.C.C. (2d) 337 (C.A.)

R. c. Steinberg (1931), [1931] O.R. 222 (C.A.)

R. c. Swain, C.S.C. Dossier n°19758 en appel à la Cour Suprême du Canada

R. c. Wolfson (1965), [1965] 3 C.C.C. 304, 46 C.R. 8 (C.A.A.)

R. c. Woltucky (1952), 103 C.C.C. 43 (C.A.S.)

R. c. Worth (1989), [1989] O.J. n°1301 (H.C.)

Re "D" et Council of the College of Physicians and Surgeons of British Columbia (1970), 11 D.L.R. (3d) 570

Re Abel et Advisory Review Board (1980), 31 O.R. (2d) 520, 119 D.L.R. (3d) 101,

56 C.C.C. (2d) 153 (C.A.O.)

Re Annett (1913), 5 O.W.N. 331 (Plaidoyers communs)

Re Avery, [1952] O.W.N. 689

Re Breen; Breen c. Toronto General Trusts Corp. (1909), 18 O.L.R. 447 (C.A.)

Re B.C. Motor Vehicle, [1985] 2 S.C.R. 486

Re Burton (1964), [1965] 1 O.R. 125 (H.C.)

Re Capon; Capon and O'Brian c. McLay (1965), [1965] 2 O.R. 83 (C.A.)

Re Casford (1983), 43 Terre-Neuve et P.I.E.R. 240; 127 A.P.R. 240

Re Clark (1982), 38 O.R. (2d) 427 (Div. Ct.)

Re Cochran (1964), 47 W.W.R. 669 (Sask. Q.B.)

Re Cutler (1988), [1988] N.B.J. n°812 (Q.B.)

Re D (1975), 57 D.L.R. (3d) 724 (C.S.C.-B.)

Re Davis, [1963] 2 O.R. 666 (C.A.)

Re Dymet, [1986] P.E.I.J. n°73

Re Egglestone et Mousseau et Advisory Review Board (1983), 42 O.R. (2d) 268, 150 D.L.R. (3d) 86 (Div. Ct.)

Re Eve [1986] 2 S.C.R. 388, 13 C.P.C. (2d) 6, 31 D.L.R. (4e) 1, 8 C.H.R.R. D/3773, 71 N.R. 1, 61 Terre-Neuve et P.E.I.R. 273, 185 A.P.R. 273, cause en appel de la Cour d'appel pour l'Île-du-Prince-Édouard

Re Ferguson (1962), 48 M.P.R. 155 (C.S.Î.-P.-É.)

Re Hanson (1987), [1987] S.J. n°578 (Q.B.)

Re Howlett et Karunaratne (1988), 64 O.R. (2d) 418, [1988] O.J. n°591 (Dist. Ct.)

Re Inquiry into the Confidentiality of Health Records in Ontario (1978), 21 O.R. (2d) 402, 90 D.L.R. (3d) 576 (Div. Ct.), appel interjeté (1979), 98 D.L.R. 9(3d) 704 (C.A.), appel à la Cour suprême du Canada reçu (1981), 38 N.R. 588

Re L (1981), [1981] O.J. n°1 (Co. Ct.)

Re Succession Lagasse (1988), [1988] S.J. n°757 (Surr. Ct.)

Re McElroy (1978), 22 O.R. (2d) 381, 93 D.L.R. (3d) 522

Re McPhee Estate (1965), 52 D.L.R. (2d) 520 (C.B. Surr. Ct.)

Re Succession McVittie (1988), [1988] O.J. n°1218 (Surrogate Ct.)

Re Mary Matilda Young (1942), [1942] O.R. 301 (C.A.)

Re Medd et Farm Number One Ltd. (1986), 56 O.R. (2d) 391, [1986] O.J. n°900 (C.A.)

Re Mitchell et St. Michael's Hospital (1981), 29 O.R. (2d) 185, 112 D.L.R. (3d) 360 (H.C.)

Re Nicholson et Haldimand-Norfolk Police Commissioners Board (1979), [1979] 1 S.C.R. 311, 88 D.L.R. (3d) 671, 23 N.R. 410, 78 C.L.L.C. 14

Re Price Spence c. Price (1946), [1946] 2 D.L.R. 592, [1946] O.W.N. 80

Re Oke (1965), [1965] 2 O.R. 119 (H.C.)

Re O'Rourke (1987), 58 O.R. (2d) 45, [1987] O.J. n°53, 34 D.L.R. (4°) 552 (Div. Ct.)

Re R. et Barnier (1980), [1980] 1 S.C.R. 1124, 2 W.W.R. 659, 31 N.R. 273, 109 D.L.R. (3d) 257, 51 C.C.C.(2d) 193, 13 C.R. (3d) 129

Re Ridler (1930), 65 O.L.R. 559 (C.A.)

Re Rogers, Rogers c. Rogers (1963), 39 D.L.R. (2d) 141 (C.A.C.-B.)

Re Schwartz (1970), 10 D.L.R. (3d) 15 (C.A.O.)

Re Sky (1968), [1968] 2 O.R. 102 (H.C.)

Re Stumbillich et Health Disciplines Board (1984), 12 D.L.R. (4e) 156

Re T. et Board of Review for Western Region et al. (1983), 44 O.R. (2d) 153, 3 D.L.R. (4e) 442 (H.C.)

Re Tupper(1918), 44 D.L.R. 85 (C.S.N.-É.)

Re Watts, [1933] 2 D.L.R. 800 (C.S.N.-B.--A.D.)

Re West (1977), 19 N.B.R. (2d) 387, 30 A.P.R. 387 (C.S.N.-B.)

Re Young, [1942] O.R. 301 (C.A.O.)

Reibl c. Hughes (1978), 21 O.R. (2d) 14, 89 D.L.R. (3d) 112, 6 C.C.L.T. 227 (C.A.)

Reibl c. Hughes (1980), [1980] 2 S.C.R. 880, 33 N.R. 361, 114 D.L.R. (3d) 1, 14 C.C.L.T. 1

Reference Re Regina c. Gorecki (N°1) (1976), 32 C.C.C. (2d) 129 (C.A.O.)

Rovertson c. Kelly (1883), 2 R.O. 163 (Q.B.D.)

Romanko et Romanko c. Hawrysh et Sametz, [1936] 3 W.W.R. 12 (C.A.S.)

Royal Trust c. Diamant (1953), [1953] 3 D.L.R. 102 (C.S.C-B.)

Salvation Army Canada West c. Succession Allen (1988), [1988] B.C.J. n°802 (C.S.)

Succession Sands c. Sonnwald (1986), [1986] O.J. n°478 (H.C.)

Sawtzky c. Sawtzky (1986), [1986] S.J. n°371 (Q.B.)

Schweizer c. Central Hospital (1974), 6 O.R. (2d) 606, 53 D.L.R. (3d) 494 (H.C.)

Succession Sherman c. Sherman (1989), [1989] S.J. n°59 (Q.B.)

Shoop c. Tanner [1986] S.J. n°678 (C.S.S.)

Skinner c. Farquharson (1901), 32 S.C.R. 58

Soon c. Watson (1962), 33 D.L.R. (2d) 428 (C.S.C.-B.)

Smith c. Smith (1952), [1952] 2 S.C.R. 312, 3 D.L.R. 449

Spence c. Spence (1986), [1986] N.B.J. n°448 (Q.B.)

St. Catharines General Hospital c. Sviergula, [1961] O.R. 164 (H.C.)

Stewart c. Nash (1988), 65 O.R. (2d) 218 (H.C.)

Superintendent of Family and Child Service c. R.D. et S.D., (1983), 42 B.C.L.R. 173 (C.S.C.-B)

Strazdins c. Orthopaedic & Arthritic Hospital Toronto (1978), 22 R.O. (2d) 47, 7 C.P.C. 243, 7 C.C.L.T. 117

Szwydky c. Magiera (1988), [1988] S.J. n°625 (Q.B.)

Thompson c. Thompson (1971), 19 D.L.R. (3d) 608 (Sask. Q.B.)

Trust & Guarantee Co. c. Fryfogel (1914), 6 O.W.N. 308 (K.B.)

Vancouver General Hospital c. Fraser [1952] S.C.R. 36

Villeneuve c. Sisters of St. Joseph et al. (1971), [1971] 2 O.R. 593, 18 D.L.R. (3d) 537

Villeneuve c. Sisters of St. Joseph et al. (1972), [1972] 2 O.R. 119, 25 D.L.R. (3d) 35 (C.A.)

Webb c. Webb (1968), 3 D.L.R. (3d) 100 (N.S. Divorce and Matrimonial Ct.)

Wilkinson c. Young (1972), [1972] 2 O.R. 239 (H.C.)

Wright v. Wright and Guarantee Trust Co., (1951), [1951] S.C.R. 728

Causes - États-Unis

Allore v. Jewell, 94 U.S. 506 (Michigan, 1876)

Aponte v. U.S., 582 F. Supp. 65 (Porto Rico, 1984)

Appeal of Kimberly, 36 A. 847 (Connecticut, 1896)

Application of Georgetown College, 331 F. 2d 1009 (1964)

Arnau v. Cochran, 361 S.E. 2d 173, (Georgia, 1987)

Bee v. Greaves, 744 F. 2d 1387 (Utah, 1984)

Bentley v. State ex rel. Rogers, 398 So. 2d 992 (Floride, 1981)

Berman v. Parker (1954) 348 U.S. 26

Blochowitz v. Blochowitz, 240 N.W. 586 (Nebraska, 1932)

Burke v. Wheaton, 3 Cranch, C.C. 341; 4 Fed. Cas. 749

Buuck v. Kruckeberg, 95 N.E. 2d 304 (Indiana, 1950)

Campbell v. Campbell, 2 N.W. 541 (Iowa, 1879)

Canterbury v. Spence, 464 F. 2d 772 (D.C., 1972)

Cole v. Cole (1857), 5 Sneed 57 (Tennessie)

Commonwealth v. Witmer, 550 A. 2d 241 (Pennsylvanie Super., 1988)

Conner v. Stanley, 14 P. 306 (Californie, 1887)

Daughton v. Parson, 423 N.W. 2d 894 (Iowa, 1988)

Davis v. Hubbard, 506 F. Supp. 915 (Ohio, 1980)

Delio v. Westchester County Medical Center, 516 État de N.Y. 2d 677 (1986)

Denton v. Commonwealth of Kentucky, 383 S.W. 2d 681 (Kentucky, 1964)

Dillman v. McDanel, 78 N.E. 591 (Illinois, 1906)

Doyle v. Rody, 25 A. 2d 457 (Maryland, 1942)

Drope v. Missouri, 420 É.-U. 162 (1975)

Durham v. États-Unis (1954), 214 F. 2d 862

Dusky v. États-Unis, 362 É.-U. 402 (1960)

Ebrite v. Brookhyser, 244 S.W. 2d 625 (Arkansas, 1951)

Eichner v. Dillon, 423 État de N.Y. 2d 580; modifié 426 État de N.Y. 2d 517 (1980); modifié 438 État de N.Y. 2d 266; Cert. Denied Sub Nom. *In Re Storar*, 454 É.-U. 858 (1981)

Ellwood v. O'Brien, 74 N.W. 740 (Iowa, 1898)

Feguer v. États-Unis, 302 F. 2d 214 (8e Cir., 1962)

Fleming v. Consolidated Motor Sales Co., 240 P. 376 (Montana, 1925)

Freeman v. Easley, 7 N.E. 656 (Illinois, 1886)

Goedecke v. State, Dep't of Inst., 603 P. 2d 123 (1979) S.C. Colorado

Hall v. Unger, 4 Sawyer 672 (1867, Circ. Ct. Californie); 11 Fed Cas. 261

Hanks v. McNeil Coal Corporation, 168 P. 2d 256 (Colorado, 1946)

Hanks v. McNeil Coal Corporation, 168 P. 2d 256 (Colorado, 1956)

Harding v. Wheaton, 2 Mason 378; 11 Fed. Cas. 491 affd. *sub nom Harding v. Handy*, 11 Wheat. 125 (S.Ct.); 24 É.-U. 103

Harrison v. Rowan, Pet. C.C. 489 (New Jersey, 1818); 11 Fed. Cas. 657

Hawaii v. Standard Oil Co. (1972), 405 É.-U. 251

Hosler v. Beard, 43 N.E. 1040 (Ohio, 1896)

Hunter v. Edney [1885-87] 10 P.D. 93

In Matter of Sallmaier (1976), 378 État de N.Y. 2d 989

In Matter of Weberlist (1974), 360 État de N.Y. 2d 783

In Re Alexieff's Will, 94 État de N.Y. 2d 32 (1949)

In re Application of Lydia E. Hall Hospital, 455 État de N.Y. 2d 706 (1982)

In Re Boyd, 403 A. 2d. 744 (D.C., 1979)

In Re Boyer, 636 P. 2d 1085 (Utah, 1981)

In Re Good's Estate, 274 S.W. 2d 900 (Texas, 1955)

In re Grady (1981), 426 A. 2d 467

In Re Hemingway's Estate, 45 A. 726 (Pennsylvanie, 1900)

In Re K.K.B., 609 P. 2d 747 (Oklahoma, 1980)

In Re Matter of O'Brien, 517 État de N.Y. 2d 346 (1986)

In Re Moynihan, 62 S.W. 2d 410 (1933, S.C. Mo.)

In Re Myer's Will, 76 N.E. 920 (New York, 1906)

In re Osborne, 294 A. 2d 372 (D.C., 1972)

In Re Roe, 421 N.E. 2d 40 (Massachussetts, 1981)

In Re Storar, 454 É.-U. 858 (1981)

In the Matter of Farrell, 529 A. 2d 404 (New Jersey, 1987)

In the Matter of Guardianship of Richard Roe (1981), 421 N.E. 2d 40

In the Matter of Quackenbush, 383 A. 2d 785 (New Jersey, 1978)

In the Matter of Quinlan 355 A. 2d 647; cert denied sub nom *Garger v. New Jersey*, 429 É.-U. 922, 97 S. Ct. 319

In the Matter of Schiller, 372 A. 2d 360 (New Jersey, 1977)

In the Matter of the Estate of Roosa, 753 P. 2d 1028 (Wyoming, 1988)

Jarvis v. Levine, 418 N.W. 2d 139 (Minnesota, 1988)

Kaimowitz v. Department of Mental Health, 1 M.D.L.R. 147 (Michigan, 1973)

Kilgore v. Cross and Diver, 1 McCrary 144, (Arkansas, 1880): 1 F. 578

Lane v. Candura, 376 N.E. 2d 1232 (Massachussetts, 1978)

Largey v. Rothman, 540 A. 2d 504 (New Jersey, 1988)

Larry v. Riles, 495 F. Supp. 926 (N.D. Californie, 1979)

Laymon v. Bennett, 61 N.E. 2d 624 (Ohio, 1944)

Lessard v. Schmidt (1972), 349 F. Supp. 1078, (E.D. Wisconsin)

Lewis v. Lewis, 20 S.E. 2d 107 (Caroline du Sud, 1942)

Lojuk v. Quandt, 706 F. 2d 1456 (Illinois, 1983) affirmé pour d'autres motifs, 770 F. 2d 619; cert. refusé, 474 É.-U. 1067 (1986)

Manley v. Staples, 19 A. 893

Martarella v. Kelley (1972), 349 F. Supp. 575 (S.D.N.Y.)

Micco v. Replogle, 53 P. (2d) 1093 (Oklahoma, 1935)

Natanson v. Kline, 350 P. 2d 1093 (Kansas, 1960)

Nectow v. City of Cambridge (1928), 277 É.-U. 183

Newton v. Carberry, 5 Cranch C.C. 626 (Washington, 1840); 18 Fed. Cas. 127

O'Connor v. Donaldson, 422 É.-U. 563, (Floride, 1974)

Opinion of the Justices, 465 A. 2d. 484 (New Hampshire, 1983)

PASE v. Hannon, 506 F. Supp. 831 (N.D. Illinois, 1980)

Parham v. J.R., (1979) 442 É.-U. 584

Pass v. Stephens, 198 P. 712 (Arizona, 1921)

People v. Medina, 705 P. 2d 961 (Colorado, 1985)

People v. Pennington, 426 P. 2d 942 (Californie, 1967)

Planned Parenthood of Central Missouri v. Danforth, 428 É.-U. 52 (1975)

Prentis v. Bates, 53 N.W. 153 (Michigan, 1892)

Price v. Sheppard, 239 N.W. 2d 905 (Minnesota, 1976)

Project Release v. Prevost (1983), 722 F. 2d 960 (2nd Circ.) (U.S. Ct. Ap.)

Reichenbach v. Ruddach, 18 A. 432 (Pennsylvanie, 1889)

Rennie v. Klein, 462 F. Supp. 1131, (New Jersey, 1978); mod. 476 F. Supp. 1294 (1979); mod. & rem. 653 F. 2d 836 (1981)

Revlett v. Revlett, 118 S.W. 2d 150 (1938, Kentucky, C.A.)

Riese v. St. Mary's Hospital and Medical Center, 243 Cal. Rptr. 241 (1987)

Rogers v. Okin, 478 F. Supp. 1342 (Massachussetts, 1979) 634 F. 2d 650 (1980)

Rogers v. Okin, 634 F. 2d 650 (1980), vac. and rem. 102 S. Ct. 2442 (1982), 458 N.E. 2d 308 (Massachussetts, 1983)

Roller v. Kurtz, 129 N.E. 2d 693 (Illinois, 1955)

Salgo v. Leland Stanford Jr. University Board of Trustees, 317 P. 2d 170 (Californie, 1957)

Savastano v. Saribeyoglu, 480 État de N.Y. 977 (1984)

Schildnecht v. Rompf's Executor, 4 S.W. 235 (Kentucky, 1887)

Souder v. McGuire, 423 F. Supp. 830 (Pennsylvanie, 1976)

State of Tennessee v. Benton 759 S.W. 2d 427 (Tenn. Cr. App., 1988)

Stevens v. Vancleve, 4 Wash. C.C. 262 (New Jersey, 1822); 23 Fed. Cas. 35

Strunk v. Strunk, 445 S.W. 2d 145 (Kentucky, 1969)

Superintendent of Belchertown State School v. Saikewicz, 370 N.E. 2d 417, (Massachussetts, 1977)

Tate v. Murphy, 217 P. 2d 177 (Oklahoma, 1949)

Turner v. Hand, 3 Wall. Jr. 88 (Circ. Ct. D. New Jersey, 1855); 24 Fed. Cas. 355

U.S. v. Charters, 829 F. 2d 479, (Virginie, 1987)

U.S. v. Leatherman, 580 F. Supp. 977 (D.C., 1983)

United States v. Adams, 297 F. Supp. 596 (N.Y., 1969)

United States v. Sermon, 228 F. Supp. 972 (Missouri, 1964)

Walton v. Malcolm 106 N.E. 211 (Illinois, 1914)

Williams v. Church, 198 P. 2d 995 (Oklahoma) 1948

Wyatt v. Stickney, 325 F. Supp. 781 (Alabama, 1971), var. 344 F. Supp. 373 (Alabama, 1972)

Youngberg v. Romeo, 1092 S. Ct. 2452 (Pennsylvanie, 1982)

Causes - Royaume-Uni

Anonyme (1331), YB 5 Edw 3, fo. 70

Anonyme (1361), 35 Lib. Ass. pl. 10

Attorney General v. Parnther et al. (1792), 3 Bro. C.C. 440

Ayrey v. Hill (1824), 2 Add. 206

Banks v. Goodfellow (1870), 5 Q.B. 549

Bannatyne and Bannatyne v. Bannatyne (1852), 2 Rob. Ecc. 472

Barry v. Butlin (1939), 2 Moore 480

Battan Singh v. Amirchand [1948] A.C. 161 (J.C.P.C.--Fiji)

Baxter and Other v. Earl of Portsmouth (1826), 5 B. & C. 170

Beverley's Case of Non Compos Mentis, (1603), 4 Co. Rep. 123b

Birkin v. Wing (1890) 63 L.T. 80

Boughton and Marston v. Knight (1873), 3 L.R.P. & D. 64

Browne v. Jodrell (1827) 1 Mood. & M. 105

Browning v. Reane (1812), 2 Phill. Ecc. 69

Cartwright v. Cartwright (1793), 1 Phil. Ecc. 90; affd. 1 Phil. Ecc. 122

Cleare and Forster v. Cleare (1869), 1 L.R.P. & D. 655

Dew v. Cark and Clark (1826), 3 Add. 79

Doe d. Mather v. Whitefoot and Williams (1838) 8 C & P. 270

Drew v. Nunn (1879), 4 Q.B.D. 661, 40 L.T. 671

Durham v. Durham (1885), 10 P. 80

Evans v. Knight and Moore (1822), 1 Add. 229

Ex Parte Barnsley (1744), 3 Atk. 184

Ex parte Cramner (1806), 12 Ves. Jun. 445

Ex Parte Holyland (1805), 11 Ves. Jr. 10

Frere v. Peacocke (1846), 1 Rob. Ecc. 442

Gillick v. West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another [1985] 3 All E.R. 402 (H.L.)

Harwood v. Baker (1840), 3 Moore 282

Hewer v. Bryant [1970] 1 Q.B. 357 (C.A.)

Hillyer v. Governor of St. Bartholemew's Hospital, [1909] 2 K.B. 820

Howard v. Digby (1834), 2 Cl. & Fin. 634

In The Estate of Park, decd; Park v. Park [1954] P. 112

Jenkins v. Morris (1880), 14 Ch. Div. 674

Kinleside v. Harrison (1818), 161 E.R. 1196

Lloyds Bank v. Bundy (1974), 3 All E.R. 757 (C.A.)

Lovatt v. Tribe (1862), 3 F. & F. 9

M'Adam v. Walker and Another (1913), 1 Dow. 148

Marsh v. Tyrell and Harding (1828), 2 Hagg. Ecc. 84

Mr. Justice Dromer's Case (1724), 2 Will Rep. 262

Mudway v. Croft (1843), 3 Curt. 671, 163 E.R. 863

Nottidge v. Ripley, (1849, Middlesex Nisi Prius)

Pitt v. Smith, 3 Camp. 33

Prinsep and The East India Co. v. Dyce Sombre and Others (1856), 10 Moore 232

R. v. Mental Health Review Tribunal, ex parte Clatworthy, [1985] 3 All E.R. 699 (Q.B.D.)

R. v. Podola, [1960] 1 Q.B. 325

R. v. Robertson (1968), 52 Cr. App. R. 690

Re Agar-Ellis; Agar-Ellis v. Lascelles (1883), 24 Ch. D. 317 (C.A.)

Re D.O. Dyce Sombre, a Lunatic (1849), 1 Mac & G. 116

Re K, Re F [1988] 1 All E.R. 358

Re Walker [1904] 1 Ch. 160 (C.A.)

Richard de Ardern (un idiot) rapporté à Londres, Public Record Office, Chancery Patent Rolls, Edward I, Vol. I (1272-1281) 282, 328, 361

Ridgeway v. Darwin (1802), 8 Ves. Jun. 65

Russel v. H.M. Advocate [1946] S.C. (J.) 37

Shaftsbury (Earl of) v. Shaftsbury (1725), Gilb. Rep. 172

Simpson v. Gardner's Trustees (1833), 11 Ct. of Sess. Cas. 1049

Snook v. Watts (1848), 11 Beav. 105

Stroud v. Marshall (1595), Cro. Eliz. 399

The Imperial Loan Co. Ltd. v. Stone (1892), 1 Q.B. 599

The Marquess of Winchester's Case (1598), 6 Co. Rep. 23a

Turner v. Meyers (1808), 1 Hagg. 414

W. v. L., [1974] 1 Q.B. 711 (C.A.)

Waring v. Waring (1848), 6 Moore 341

Wheeler & Batsford v. Alderson (1831), 3 Hagg. Ecc. 574

Yates v. Bowen (1738), 2 Strange 1104

York Glass Co. Ltd. v. Jubb (1925), 135 L.T. 36

Ouvrages et périodiques

Abernethy, V. «Compassion, Control, and Decisions About Competency». (1984) 141 Am. J. Psychiatry 53.

Adelstein, S.J. «Pitfalls and Biases in Evaluating Diagnostic Technologies». Dans B.J. McNeil et E.G. Cravalho (eds.), *Critical Issues in Medical Technology*, (Boston: Auburn House, 1982).

Alberta Friends of Schizophrenics, «Response to Bill 3, Mental Health Act (Alberta)» (non paru).

Alexander, G. «On Being Imposed Upon by Artful or Designing Persons». (1977) 14 San Diego Law Review 1083.

Alexander, M.P. «Clinical Determination of Mental Competence: A Theory and Retrospective Study». (1988) 45 Arch. Neurol. 23.

Allen, C.K. *Law and Orders* (Londres: Stevens & Sons, 1945).

Almeleh, L.B. et Lurie, A. «The Right of Psychiatric Patients to Refuse Treatment». (1984) 3 Medicine and Law 49.

Anand, R. et Czukar, G. *Draft Guidelines for Revision of Provincial Mental Health Acts: Background Paper for C.M.H.A. National Office*, septembre 1984.

Anderson, V. «Right to Refuse Antipsychotic Medication: A Proposal for Legislative Consideration». (1984) 17 Indiana Law Review 1035.

Andrews, J.M. «Recovery from Surgery With and Without Preparatory Instruction for Three Coping Styles». (1970) 15 Journal of Personality and Social Psychology 223.

Annas, G.J. et Denberger, J.E. «Competence to Refuse Medical Treatment: Autonomy v. Paternalism». (1984) 15 Toledo L.R. 561.

Annas, G.J., Glantz, L.H. et Katz, B.F. *Informed Consent to Human Experimentation: The Subject's Dilemma* (Cambridge: Ballinger Publishing Company, 1977).

Anthony, J.C., Niaz, U., LeResche, L.A., VonKorff, M.R. et Folstein, M.F. «Limits of the 'Mini-Mental State' as a Screening Test for Dementia and Delirium Among Hospital Patients». (1982) 12 Psychological Medicine 397.

Appelbaum, P.S. «Refusing Treatment: The Uncertainty Continues». (1983) 34 Hospital and Community Psychiatry 11.

Appelbaum, P.S. «Standards for Civil Commitment: A Critical Review of Empirical Research». (1984) 7 Int. Journal of Law and Psychiatry 133.

Appelbaum, P.S. «Is the Need for Treatment Constitutionally Acceptable as a Basis for Civil Commitment». (1984) 12 Law, Medicine and Health Care 144.

Appelbaum, P.S. «The Supreme Court Looks at Psychiatry». (1984) 141 Am. J. Psychiatry 827.

Appelbaum, P.S. «Informed Consent». Dans D.N. Weisstub (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives*, Volume 1, (New York: Permagon Press, 1984).

Appelbaum, P.S. «The Right to Refuse Treatment With Antipsychotic Medications: Retrospect and Proposect». (1988) 145:4 Am. Journal of Psychiatry 413.

Appelbaum, P.S. et Bateman, A.L. «Competency to Consent to Voluntary Psychiatric Hospitalization: A Theoretical Approach». (1979) Volume VII, n°4 Bulletin of the AAPL 390.

Appelbaum, P.S. et Grisso, T. «Assessing Patients Capacities to Consent to Treatment». (1988) 319 New England Journal of Medicine 1635.

Appelbaum, P.S. et Gutheil, T.G. «Rotting With Their Rights On: Constitutional Theory and Clinical Reality in Drug Refusal by Psychiatric Patients». (1979) 7 Bulletin of the American Academy of Psychiatry 306.

Appelbaum, P.S. et Gutheil, T.G. «Drug Refusal: A Study of Psychiatric Inpatients». (1980) 137 Am. J. Psychiatry 340.

Appelbaum, P.S. et Gutheil, T.G. «The Boston State Hospital Case: "Involuntary Mind Control", the Constitution and the "Right to Rot"». (1980) 137 Am. J. Psychiatry 6.

Appelbaum, P.S. et Gutheil, T.G. «Clinical Aspects of Treatment Refusal». (1982) 23 Comprehensive Psychiatry 560.

Appelbaum, P.S. et Gutheil, T.G. «The Right to Refuse Treatment: The Real Issue is Quality of Care». (1982) 9 Bulletin of the American Academy of Psychiatry 199.

Appelbaum, P.S. et Hoge, S.K. «The Right to Refuse Treatment: What the Research Reveals». (1986) 4 Behavioral Sciences and the Law 279.

Appelbaum, P.S. et Roth, L.H. «Clinical Issues in the Assessment of Competency». (1981) 128 Am. J. Psychiatry 1462.

Appelbaum, P.S. et Roth, L.H. «Competency to Consent to Research». (1982) 29 Arch. Gen. Psychiatry 951.

Appelbaum, P.S., Mirkin, A.A. et Bateman, A.L. «Empirical Assessment of Competency to Consent to Psychiatric Hospitalization». (1981) 138 A.J. Psychiatry 1170.

Appelbaum, P.S., Roth, L.H. et Lidtz, L. «The Therapeutic Misconception: Informed Consent in Psychiatric Research». (1982) 5 International Journal of Law and Psychiatry 319.

Appelbaum, P.S., Roth, L.H., Lidz, C.W., Benson, P. et Winslade, W. «False Hopes and Best Data: Consent to Research and the Therapeutic Misconception». (1987) Hastings Center Report, avril 20.

Arboleda-Florez, J. «*Reibl v. Hughes*: The Consent Law». (1987) 32 Can. J. Psychiatry 66.

Arboleda-Florez, J. «Consent in Psychiatry - The Position of the Canadian Psychiatric Association». (1988) 33 Can. J. Psychiatry 314.

Arkin, H.R. «Forcible Administration of Antipsychotic Medication». (1983) 249 The Journal of the American Medical Association 2784.

Ashley, M., Sestak, R.M. et Roth, L.H. «Legislating Human Rights: Informed Consent and the Pennsylvania Mental Health Procedures Act». (1980) 8 Bulletin of the A.A.P.L. 133.

Atkinson, L. et Cyr, J.J. «Factor Analysis of the WAIS-R: Psychiatric and Standardization Samples». (1984) 52 Journal of Consulting and Clinical Psychology 714.

Ayd, Jr., F.J. *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The Williams and Wilkins Company, 1974).

Baker, M.T. et Taul, H.A. «Readability of Informed Consent Forms for Research in a Veterans Administration Medical Centre». (1983) 250 J.A.M.A. 2646.

Banta, H.D. et Sanes, J.R. «Assessing the Social Impacts of Medical Technologies». (1978) 3 J. Com. Health 245.

Barbour, G.L. et Blumenkrantz, M.J. «Videotape Aids Informed Consent Decision». (1978) 240 J.A.M.A. 2741.

Barnhard, B.B., Pinkerton, M.L. et Roth, R.T. «Informed Consent to Organic Behavior Control». (1977) 17 Santa Clara Law Review 39.

Barry, V. *Moral Aspects of Health Care* (Belmont: Wadsworth Publishing Co., 1982).

Bartlett, P. *Mental Health Law - The Advocates Manual* (Toronto: Law Union -

Community Legal Education Ontario, 1986).

Bartlett, P. «Reform of the Ontario Office of the Public Trustee». (1986) 24 University of Western Ontario Law Review 79.

Bartlett, P. «Sexual Distinctions in Pensions». (1986) 24 Osgoode Hall Law Journal 833.

Barton, W.E. et Barton, G.M. *Ethics and Law in Mental Health Administration* (New York: International Universities Press, 1984).

Bean, P. (ed.), *Mental Illness: Changes and Trends* (New York: John Wiley and Sons, 1983).

Beck, J.C. et Staffin, R.D. «Patients' Competency to Give Informed Consent to Medication». (1986) 37:4 Hospital and Community Psychiatry 400.

Beller, R.L. «From Informed Consent to a Duty to Convince: *Truman v. Thomas*». (1981) 18 Houston L.R. 917.

Benson, H. et McCallie Jr., D. «Angina Pectoris and the Placebo Effect». (1979) 300 New England Journal of Medicine 1424.

Beyer, S. «Madness and Medicine: The Forcible Administration of Psychotropic Drugs». (1980) Wisconsin Law Review 497.

Birnbaum, M. «The Right to Treatment». (1960) 46 Am Bar Assoc Journal 499.

Birnbaum, M. «The Right to Treatment: Some Comments on Its Development». Dans F.J. Ayd, Jr. (ed.), *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The Williams and Wilkins Co., 1974).

Blackstone, W. *Commentaries on the Law of England*, (4e éd.), Volume I, (Dublin: 1771).

Blackwell, K. *The Spinozistic Ethics of Bertrand Russell* (Londres: George, Allen and Unwin, 1985).

Blaha, J. et Wallbrown, F.H. «Hierarchal Factor Structure of the Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised». (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical

Psychology 652.

Blessed, G., Tomlinson, B.E. et Roth, M. «The Association Between Quantitative Measures of Dementia and of Senile Change in the Cerebral Grey Matter of Elderly Subjects». (1968) 114 British Journal of Psychiatry 797.

Bloom, J.D., Faulkner, L.R., Holm, V.M. et Rawlinson, R.A. «An Empirical View of Patients Exercising Their Right to Refuse Treatment». (1984) 7 International Journal of Law and Psychiatry 315.

Bloom, J.D. et Faulkner, L.R. «Competency Determinations in Civil Commitment». (1987) 144:2 Am Journal of Law and Psychiatry 193.

Bok, S. «The Tools of Bioethics». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (ed.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Bowker, W.F. «Minors and Mental Incompetents: Consent to Experimental Gifts of Tissue and Sterilization». (1981) 26 McGill L.J. 951.

Bradford, H.F. *Chemical Neuro-Biology* (New York: Freeman & Co., 1986).

Brooks, A.D. «The Constitutional Right to Refuse Antipsychotic Medication». (1980) 8 Bulletin of the A.A.P.L. 179.

Brown, P. «Psychiatric Treatment Refusal, Patient Competence, and Informed Consent». (1986) 8 Int Journal of Law and Psychiatry 83.

Budinger, T.F., Gullberg, G.T. et Huesman, R.H. «Emission Computed Tomography». Dans G. Herman (ed.), (1979) 32 Topics in Applied Physics Image Reconstruction From Projections; Implementation and Application 147.

Bukka, P., Kimberley, R. et Miura, C. «Mental Competence and Consent to Treatment». (1980) 25 Canadian Journal of Psychiatry 44.

Burnstin, S.M. «Recent Development - Constitutional Law - Due Process - Civil Commitment - Absent Treatment, a Non-Dangerous Mentally Ill Person Able to Survive Safely in Society Has a Constitutional Right to Release - *O'Connor v. Donaldson*». (1975) 422 U.S. 563.

Bynum, W.F., Porter, R. et Shepherd, M. *The Anatomy of Madness: Essays in the History of Psychiatry*, 3 volumes, (Londres: Tavistock, 1985).

Cahn, C.H. «Consent in Psychiatry - Position Paper». (1980) 25 Can. J. Psychiatry 78.

Callahan, L.A. «Changing Mental Health Law: Butting Heads with a Billygoat». (1986) 4 Behavioral Sciences and the Law 305.

Campbell, M. «Consent Issues with Disturbed and/or Retarded Children». (1987) 23 Psychopharmacology Bulletin 379.

Cantor, N.L. «A Patients Decision to Decline Lifesaving Medical Treatment: Bodily Integrity versus the Preservation of Life». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Caplan, A. «Cries and Whispers: Ethical and Policy Issues Raised by Impaired or Diminished Competency in Elderly Patients». Dans E. McGee et G. Gutman (eds.), *The Challenge of Time*, volume V de la *Canadian Gerontological Collection* (Winnipeg: Canadian Association of Gerontology, 1985).

Carnie, F. «Crisis and Informed Consent: Analysis of a Law-Medicine Malocclusion». (1987) 12 Am. J.L. and Med. 55.

Carpenter, W.T. «A Schizophrenic Patient Who Resists Phenothiazines». (1983) 34 Hospital and Community Psychiatry 115.

Carroll, M.A. «The Right to Treatment and Involuntary Commitment». (1980) 5 The Journal of Medicine and Philosophy 278.

Cassileth, B., Zupkis, R. et Sutton-Smith, K. «Informed Consent - Why are its Goals Imperfectly Realized?» (1980) 202 New England Journal of Medicine 896.

Castel, J.G. «Nature and Effects of Consent With Respect to the Right to Life and the Right to Physical and Mental Integrity in the Medical Field: Criminal and Private Law Aspects». (1978) 16 Alberta L.R. 271.

Caudill, W. *The Psychiatric Hospital as a Small Society* (Cambridge: Harvard University Press, 1958).

Cauthen, N.R. «Extension of the Wechsler Memory Scale Norms to Older Age Groups». (1977) 33 Journal of Clinical Psychology 208.

Centre for Research & Education in Human Services «Choices and Obligations - A Look at Personal Guardianship - Policy Analysis Paper No. 3». (Toronto : Ministère des Services sociaux et communautaires, 1988)

Chelune, C.J. et Bornstein, R.A. «WMS-R Patterns Among Patients With Unilateral Brain Lesions». (1988) 2 Clinical Neuropsychologist 121.

Childress, J.F. *Who Should Decide? Paternalism in Health Care* (New York: Oxford University Press, 1982).

Churchland, P.S. *Neurophilosophy: Toward a Unified Science of the Mind-Brain* (Cambridge: MIT Press, 1986).

Coblentz, J.M., Mattis, S., Zingesser, L.H., Kasoff, S.S., Wisniewski, H.M. et Katzman, R. «Presenile Dementia: Clinical Aspects and Evaluation of Cererospinal Fluid Dynamics». (1973) 29 Archives of Neurology 299.

Cochrane, A.L. *Effectiveness and Efficiency: Random Reflections on Health Services* (London: The Nuffield Provincial Hospital Trust, 1971).

Cohen, E.S. «Autonomy and Paternalism: Two Goals in Conflict». (1985) 13 Law, Medicine and Health Care 145.

Cohen, E. «The Elderly Mystique: Constraints of the Autonomy of the Elderly with Disabilities». (1988) 28 (Suppl.) The Gerontologist 24.

Cohen, M., Nagel, T. et Scanlon, T. (eds.), *Medicine and Moral Philosophy* (Princeton: Princeton University Press, 1981).

Colburn-Rohn, E. «Toward Competence: An Eclectic Approach». (1983) 4 Journal of Bioethics 3.

Commission de réforme du droit du Canada, *Désordre mental dans le processus pénal* (Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1976).

Commission de réforme du droit du Canada *Rapport au Parlement sur le désordre*

mental dans le processus pénal (Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1976).

Commission de réforme du droit du Canada, Document de travail n°26 *Traitement médical en droit pénal* (Ottawa: Approvisionnements et Services Canada, 1980).

Committee on Child Psychiatry, Group for the Advancement of Psychiatry *How Old is Old Enough? The Ages of Rights and Responsibilities* (New York: Brunner/Mazel, 1989).

Cook-Degan, R. «Introduction and Overview». (août 1987) Office of Technology Assessment Report, (OTA Report).

Cooper, J.R., Bloom, S.E. et Ross, R.H. (4e éd.), *The Biochemical Basis of Neuropharmacology* (New York: Oxford University Press, 1982).

Copeland, J.R.M., Kelleher, M.J., Kellet, J.M., Gourlay, A.J., Gurland, B.J., Fleiss, J.L. et Sharpe, L. «A Semi-Structured Clinical Interview for the Assessment of Diagnosis and Mental State of the Elderly: The Geriatric Mental State Schedule. I Development and Reliability». (1976) 6 Psychological Medicine 439.

Cort, R.S. «Judicial Schizophrenia: An Involuntarily Confined Mental Patient's Right to Refuse Antipsychotic Drugs». (1982) 51 University of Missouri at Kansas City Law Review 74.

Costello, J.C. et Preis, J.J. «Beyond the Least Restrictive Alternative: A Constitutional Right To Treatment for Mentally Disabled Persons in the Community». (1986) 20 Loyola of Los Angeles Law Review 1527.

Deadman, J.C. «Perspectives on Mental Health Legislation», présentation à l'occasion de visites psychiatriques, Scarborough Grace Hospital, 3 avril 1987.

Delgado, R., Alexander, M.N., Bernardy, P., Bremer, F., Chang, H.C. Dear, J., Imai, D.T., Jaworowski, S. et Margolis, D. «'Concurrence', in Quotes: A Critical Assessment of Chief Justice Burger's Objections to a Right to Treatment for the Involuntarily Confined Mentally Ill». (1982) 15 U.C. Davis Law Review 527.

Denison, J.M. «Minors and Health Care: Whose Consent and When?» (1980) 1 Health Law in Canada 46.

Department of Justice, *Mental Disorder Project Discussion Paper* (1983).

Department of Justice, *Mental Disorder Project Criminal Law Review: Draft Report* (Gilbert Sharpe, chef de projet; Judi Richter, coordonnatrice de projet) mai 1984.

De Paulo, J.R., Folstein, M.F. et Gordon, B. «Psychiatric Screening on a Neurological Ward». (1980) 10 Psychological Medicine 125.

Dickens, B.M. «The Modern Law on Informed Consent». (1982) 37 Modern Medicine of Canada 706.

Dickens, B.M. *Sourcebook on Medical Jurisprudence* (Toronto: Faculty of Law University of Toronto, 1987).

Digby, A. *Madness, Morality and Medicine: A Study of the York Retreat, 1796-1914* (Cambridge: Cambridge University Press, 1985).

Dobson, D.I.G. et Newfeld, R.W.J. «Association of Social Competence with Episodic vs. Remitted Status in Paranoid and Non-paranoid Schizophrenia». (1987) 19 Canad. J. Behav. Sci/Rev. Canad. Sci. Comp. 67.

Dresser, R. «Feeding the Hunger Artists: Legal Issues in Treating Anorexia Nervosa». (1984) Wisconsin Law Review 297.

DuBose Jr., E.Z. «Of the *Parens Patriae* Commitment Power and Drug Treatment of Schizophrenia: Do the Benefits to the Patient Justify Involuntary Treatment?» (1976) 60 Minnesota Law Review 1149.

Dudzik, Jr., C.J. «The Scope of the Involuntarily Committed Mental Patient's Right to Refuse Treatment with Psychotropic Drugs: An Analysis of the Least Restrictive Alternative Doctrine». (1982) 28 Villanova Law Review 101.

Dworkin, G. «Paternalism». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.) *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Dyck, A.J. «Ethics and Medicine». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.) *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Eddy, D.N. «Pitfalls and Biases in Evaluating Screening Technologies». Dans B.J. McNeil et E.G. Cravalho (eds.), *Critical Issues in Medical Technology* (Boston: Auburn House, 1982).

Elster, J. *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality* (New York: Cambridge University Press, 1984).

Eth, S. et Robb, J.W. «Informed Consent: The Problem». Dans D.K. Kentsmith, S.A. Salladay et P.A. Miya (eds.), *Ethics in Mental Health Practice* (Orlando: Grune and Stratton, Inc., 1986).

Faden, R.R. et Beauchamp, T.L. «Decision Making and Informed Consent: A Study of the Impact of Disclosed Information». (1980) 7 Social Indicators Research 313.

Faden, R.R., Beauchamp, T.L. et King, N.M.P. *A History and Theory of Informed Consent* (New York: Oxford University Press, 1986).

Feinson, M. «Aging and Mental Health: Distinguishing Myth from Reality». (1985) 7 Research on Aging 155.

Ferguson, G. «The Right to Treatment: Re Stephen Dawson». (1986) 6 Health Law in Canada 55.

Folstein, M.F., Folstein, S.E. et McHugh, P.R. «Mini-Mental State - A Practical Method for Grading the Cognitive State of Patients for the Clinician». (1975) 12 Journal of Psychiatric Reserach 189.

Folstein, M.F., Anthony, J.C. Parhad, I., Duffy, B. et Gruenberg, E.M., «The Meaning of Cognitive Impairment in the Elderly». (1985) 33 Journal of the American Geriatics Society 228.

Foucault, M. *Madness and Civilization: A History of Insanity in the Age of Reason*, tr. R. Howard (New York: Pantheon Books, 1965).

Fram. S.V. «Rapport final du Comité consultatif sur la substitution des pouvoirs décisionnels des personnes frappées d'incapacité mentale», 1987.

Freedman, B. «Competence, Marginal and Otherwise - Concepts and Ethics». (1981) 4 Int. J. Law and Psych. 53.

Freeman, M.D.A. *Medicine, Ethics and the Law* (Londres: Stevens and Sons, 1988).

Freishtat, H.W. et Einhorn, A.H. «Right to Refuse Treatment: A new Approach». (1981) 1 Journal of Clinical Psychopharmacology 39.

Frenkel, D.A. «Consent of Incompetents (Minors and the Mentally Ill) to Medical Treatment». (1977) Legal Medical Quarterly 187.

Friedlander, A.H., Mills, M.J. et Cummings, J.L. «Consent for Dental Therapy in Severely Ill Patients». (1988) 65 Oral Surgery 179.

Friedman, P.R. «Developments in Mental Disability Law in 1980». (1981) 14 Clearinghouse Review 904.

Furrow, B.R. «Public Psychiatry and the Right to Refuse Treatment: Toward an Effective Damage Remedy». (1984) 19 Harvard Civil Rights/Civil Liberties Law Review 21.

Gallo, L.V. «*Youngberg v. Romeo*». (1982) 47 Albany Law Review 185.

Ganos, D., Lipson, R.E., Warren, G. et Weil, B.J. (eds.), *Difficult Decisions in Medical Ethics* (New York: Alan R. Liss, Inc., 1983).

Gaughan, L.D. et LaRue, L.H. «The Right of a Mental Patient to Refuse Antipsychotic Drugs in an Institution». (1978) 4 Law and Psychology Review 43.

Gaylin, W.H., Meisler, J.S. et Neville, R.C. (eds.), *Operating on the Mind: The Psychosurgery Conflict* (New York: Basic Books, 1975).

Geldman, A. «Mental Hospital Druggings - Atomistic and Structural Remedies». (1983) 32 Cleveland State Law Review 221.

Geldman, A. «Mental Hospital Drugs, Professionalism, and the Constitution». (1984) 72 The Georgetown Law Journal 1725.

George, R.O. et Wagner Jr., N.H. «Ten Years of Brain Tumor Scanning at Johns Hopkins: 1962-1972». Dans H.J. DeBlank et J.A. Sorenson (eds.), *Non-Invasive Brain Imaging* (New York: Society of Nuclear Medicine, 1975).

Geuss, R. *The Idea of a Critical Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 1981).

Gibson, A.J. et Kendrick, D.C. *The Kendrick Battery for the Detection of Dementia in the Elderly* (Windsor: NFER Publishing Company, 1979).

Gilleard, C.J. et Pattie, A.H. «The Stockholm Geriatric Rating Scale: A Shortened Version with British Normative Data». (1977) 131 British Journal of Psychiatry 90.

Ginsberg, M.D. «A New Perspective in Prisoner's Rights: The Right to Refuse Treatment and Rehabilitation». (1976) 10 John Marshall J. of Practice and Procedure 173.

Glantz, L.H., Annas, G.J. et Katz, B.F. «Scientific Research with Children: Legal Incapacity and Proxy Consent». (1977) 11 Family Law Quarterly 253.

Goffman, E. *Asylums: Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates* (Garden City: Anchor Books, 1961).

Goldman, J., Sayson, R., Robbins, S., Cohn, L.H., Bettman, M. et Weisberg, M. «The Value of the Autopsy in Three Medical Eras». (1983) 308 New England Journal of Medicine 1000.

Goldstein, A.S. *The Insanity Defense* (New Haven: Yale University Press, 1967).

Goldstein, J., Freud, A. et Solnit A. *Beyond the Best Interests of the Child* (New York: Free Press, 1973).

Gordon, R. et Verdun-Jones, S.N. «The Right to Refuse Treatment: Commonwealth Developments and Issues». (1983) 6 International Journal of Law and Psychiatry 57.

Gostin, L.O. «The Merger of Incompetency and Certification: The Illustration of Unauthorised Medical Contact in the Psychiatric Context». (1979) 2 Intl. J. of Law and Psych. 127.

Grant G.M. «Donaldson, Dangerousness, and the Right to Treatment». (1976) 3 Hastings Constitutional Law Quarterly 599.

Gray, R.J.S. *Medical Legal Seminar Materials* (Toronto: Osgoode Hall Law School,

1978).

Great Britain, Royal Commission on the Law Relating to Mental Illness and Mental Deficiency, *Report* par E.S. Campbell, Baron Percy of Newcastle (Londres: Queen's Printer, 1957).

Grisso, T. *Juveniles' Waiver of Rights: Legal and Psychological Competence* (New York: Plenum Press, 1981).

Grisso, T. *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

Grisso, T. «Psychological Assessments for Legal Decisions». Dans D.N. Weisstub (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives*, volume 3, (New York: Permagon Press, 1987).

Grisso, T. et Vierling, L. «Minors' Consent to Treatment: A Developmental Perspective». (1978) 9 Professional Psychology 412.

Grodin, M. et Alpert, J. «Informed Consent and Pediatric Care». Dans G.B. Melton, G.P. Koocher et M.J. Saks (eds.), *Children's Competence to Consent* (New York: Plenum Press, 1983).

Gualtieri, C.T., Sprague, R.L. et Cole, J.O. «Tardive Dyskinesia Litigation and the Dilemmas of Neuroleptic Treatment». (1986) 14 The Journal of Psychiatry and Law 187.

Gurvitch, G. *The Social Frameworks of Knowledge* (New York: Harper and Row, 1971).

Gutheil, T.G. «Forensic Assessment». Dans D.N. Weisstub (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives*, volume 1, (New York: Permagon Press, 1984).

Gutheil, T.G. «In Search of True Freedom: Drug Refusal, Involuntary Medication, and "Rotting with Your Rights On"». (1980) 137 American Journal of Psychiatry 327.

Gutheil, T.G. et Appelbaum, P.S. «'Mind Control', 'Synthetic Sanity', 'Artificial Competence' and Genuine Confusion: Legally Relevant Effects of Antipsychotic Medications». (1983) 12 Hofstra Law Review 77.

Gutheil, T.G. et Bursztajn, H. «Clinicians Guidelines for Assessing and Presenting Subtle Forms of Patient Incompetence in Legal Settings». (1986) 143 Am. J. Psychiatry 1020.

Habermas, J. *Knowledge and Human Interest* (Boston: Beacon Press, 1968).

Hacker, G. «Medicating Committed Psychiatric Patients over their Objections: Balancing Patients' Interests and Quality of Mental Health Care». (1983) 14 Rutgers L.J. 685.

Halsbury's *Laws of England* (4e éd.), Lord Hailsham of St. Marylebone (ed.), volume 30, 1029-1038 (Londres: Butterworths, 1980).

Hardin, G. «The Tragedy of the Commons». Dans S.J. Reisser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Harris, J. *The Value of Life* (Boston: Routledge and Kegan Paul, 1985).

Hart, H.L.A. «Law and Morals». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Hassenfeld, J.N. et Grumet, B. «A Study of the Right to Refuse Treatment». (1984) 12 Bulletin of the A.A.P.L. 65.

Santé et Bien-être social Canada, *Fact Book on Aging in Canada* (Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1983).

Hermann, D.H.J. «Barriers to Providing Effective Treatment: A Critique of Revisions in Procedural, Substantive, and Dispositional Criteria in Involuntary Civil Commitment». (1986) 39 Vanderbilt Law Review 83.

Herr, S.S. *Legal Rights and Mental Health Care* (Toronto: Lexington Books, 1983).

Hershcopf, C. «Constitutional Law - Mental Health Law - Right to Treatment - *Youngberg v. Romeo*». (1984) 29 New York Law School Law Review 513.

Heywood, N.A. *Heywood & Massey Court of Protection Practice*, (11e éd.), N.A.

Whitehorn (ed.)., (Londres: Stevens and Sons, 1985).

Hoffland, B. «Autonomy in Long Term Care: Background Issues and a Programmatic Response». (1988) 28 (Suppl.) The Gerontologist 3.

Hoffman, B.F. «Contemporary Ethical Issues Surrounding Electroconvulsive Therapy». (1986) 11 Psychiatric Journal of the University of Ottawa 90.

Hoffman, P.B. «Living With Your Rights Off». (1977) 5 The Bulletin 68.

Hoffman, P.B. «The Right to Refuse Psychiatric Treatment: A Clinical Perspective». (1976) 4 The Bulletin 269.

Hoggett, B. *Mental Health Law*, (2e éd.), (Londres: Sweet and Maxwell, 1984).

Holtzman, N.A. *Proceed With Caution: Predicting Genetic Risks in the Recombinant DNA Era* (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1989).

Hudson, J., Hornick, J.P. et Burrows, B.A. *Justice and the Young Offender in Canada* (Toronto: Wall & Thompson, 1988).

Hughes, S.D. «Civil Commitment: Guardianship, Substituted Judgement, and Right to Refuse Psychiatric Treatment». (1984) 20 Gonzaga Law Review 479.

Huppert, F.A. et Tym, E. «Clinical and Neuropsychological Assessment of Dementia». (1986) 42 Medical Bulletin 11.

Ingelfinger, F.J. «Informed (But Uneducated) Consent». (1972) 287:9 New England Journal of Medicine 465.

Interim Report on the Estates of Persons Incapable of Managing their Property (Toronto: Ministère du Procureur général, 1985), (Président : S. Fram).

Irwin, M., Lovitz, A., Marder, S., Mintz, J., Winslade, W., Van Putten, T. et Mills, M. «Psychotic Patients Understanding of Informed Consent». (1985) 142 Am. J. Psychiatry 1351.

Ivinskis, A., Allen, A. et Shaw, E. «An Extension of Wechsler Memory Scale Norms to Lower Age Groups». (1971) 27 Clinical Psychology 354.

Jacob, J. «The Right of the Mental Patient to his Psychosis». (1976) 39 The Modern Law Review 17.

Jaffe, R. «Informed Consent: Recall About Tardive Dyskinesia». (1981) 22 Comprehensive Psychiatry 434.

Jaffe, R. «Problems of Long-term Informed Consent». (1986) 14 Bull. Am. Acad. Psychiatry Law 163.

Jensen, U.J. *Practice and Progress: A Theory for the Modern Health Care System* (Londres: Blackwell Scientific Publications, 1987).

Johnson, R. «DNA Probes Limited in Medical Diagnoses». (juin 1987) Genetic Engineering News 23.

Johnson R.E. et Weinstein, H.C. «Right to Refuse Treatment: The Knowledge Gap». (1979) 7 The Journal of Psychiatry and Law 457.

Jonsen, A.R. et Hellegers, A.E. «Conceptual Foundations for an Ethics of Medical Care». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Jost, D.T. «The Illinois Guardianship for Disabled Adults Legislation of 1978 and 1979: Protecting the Disabled from their Zealous Protectors». (1980) 56 Chicago-Kent L.R. 1087.

Kahn, R.L., Goldfarb, A.I., Pollack, M. et Peck, A. «Brief Objective Measures for the Determination of Mental Status in the Aged». (1960) 117 American Journal of Psychiatry 326.

Kane, R.L., Parsons, O.A. et Goldstein, G. «Statistical Relationships and Discriminative Accuracy of the Halstead-Reitan, Lucia-Nebraska, and Wechsler IQ Scores in the Identification of Brain Damage». (1985) 7 Journal of Clinical and Experimental Neuropsychology 211.

Katz, J. «Who's Afraid of Informed Consent?» (1976) 4 Journal of Psychiatry and Law 315.

Katz, J. «Informed Consent - A Fairy Tale? Law's Vision». (1977) 39 U. of

Pittsburg L.R. 137.

Katz, S. «Assessing Self-Maintenance: Activities of Daily Living, Mobility, and Instrumental Activities of Daily Living». (1983) 31 Journal of the American Geriatric Society 721.

Kaufmann, C.L. et Roth, L.H. «Psychiatric Evaluation of Patient Decision-Making: Informed Consent to ECT». (1981) 15 Soc. Psychiatry 11.

Kaufmann, C.L., Roth, L.H., Lidz, C.W. et Meisel, A. «Informed Consent and Patient Decisionmaking: The Reasoning of Law and Psychiatry». (1981) 4 International Journal of Law and Psychiatry 345.

Kaye, M., Bourgouin, P. et Low, G. «Physicians Non-compliance with Patients Refusal of Life Sustaining Treatment». (1987) 7 American Journal of Nephronology 304.

Keisling, R. «Characteristics and Outcome of Patients Who Refuse Medication». (1983) 34 Hospital and Community Psychiatry 847.

Keller, M.B., Lavori, P.W., Andreasen, N.C., Grove, W.M., Shapiro, R.W., Scheftner, W. et McDonald-Scott, P. «Test-Retest Reliability of Assessing Psychiatrically Ill Patients in a Multi-Center Design». (1981) 16 Journal of Psychiatric Research 213.

Kelly, R. et Ramsey, S. «Do Attorneys for Children in Protection Proceedings Make a Difference? - A Study of the Impact of Representation under Conditions of High Judicial Intervention». (1982) 21 J. of Family Law 405.

Kendell, R.E. «An Important Source of Bias Affecting Ratings Made by Psychiatrists». (1968) 6 Journal of Psychiatric Research 135.

Kendrick, D.C., Gibson, A.J. et Moyes, I.C.A. «The Revised Kendrick Battery: Clinical Studies». (1979) 18 British Journal of Social and Clinical Psychology 329.

Kentsmith, D.K., Salladay, S.A. et Miya, P.A. (eds.) *Ethics in Mental Health Practice* (Orlando: Grune and Stratton, Inc., 1986).

Kircher, T., Nelson, J. et Burdo, H. «The Autopsy as a Measure of Accuracy of the Death Certificate». (1985) 313 New England Journal of Medicine 1263.

Kittrie, N.N. «The Flowering and Decline of the Therapeutic State». Dans F.J. Ayd, Jr. (ed.), *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The Williams and Wilkins Co., 1974).

Kline, S.A. «The Clinical Issues of Determining Competency». (1987) 8:1 Health Law In Canada 4.

Kline S. «Release of Information: Mental Competency Considerations». (1989) 10 Health Law in Canada 144.

Knight, R.G. et Moroney, B.M. «An Investigation of the Validity of the Kendrick Battery for the Detection of Dementia in the Elderly». (1985) 7 International Journal of Clinical Neuropsychology 147.

Kohlberg, L. «Development of Moral Character and Moral Ideology». Dans M. Hoffman et L. Hoffman (eds.), *Review of Child Development Research* (New York: Russell Sage, 1964).

Laccousiere, R.B., Spohn, H.E. et Thompson, K. «Medical Effects of Abrupt Neuroleptic Withdrawal». (1976) 17 Comprehensive Psychiatry 285.

Lafferty, M., Lawrence, III, W.J. et Lusvardi, A.A. «A Mental Patient's Right to Refuse Antipsychotic Drugs: A Constitutional Right Needing Protection». (1982) 57 Notre Dame Lawyer 406.

Landau, B. «The Rights of Minors». Dans B. Landau (ed.) *Children's Rights in the Practice of Family Law* (Toronto: Carswell, 1986).

Lankton, J.W., Batchelder, B.M. et Ominsky, A.J. «Emotional Responses to Detailed Risk Disclosure for Anesthesia, a Prospective, Randomized Study». (1977) 45 Anesthesiology 294.

Lappe, M. «The limits of Genetic Inquiry». (août 1987) Hastings Center Report 5.

LeBlanc, A.E. *Proposal for Competency Clinic*, adressé au ministère de la Santé de l'Ontario, le 9 octobre 1987.

Leel, D., Bowers, D.G. et Lynch, J.B. «Observations on the Myth of 'Informed

Consent'». (1976) 58 Plastic and Reconstructive Surgery 280.

Levick, M. et Wapner, A. «Advances in Mental Health: A Case for the Right to Refuse Treatment». (1975) 48 Temple Law Quarterly 354.

Lewis, C. «Decision Making Related to Health: When Could/Should Children Act Responsibly». Dans G.B. Melton, G.P. Koocher et M.J. Saks (eds.), *Children's Competence to Consent* (New York: Plenum Press, 1983).

Lewis, M.A. et Ifekwunigue, M. «Informed Consent by Children and Participation in an Influenza Vaccine Trial». (1978) 68 American Journal of Public Health 1079.

Liberman, E. «Mental Competency and Medical Treatment in Ontario». (1985) 6 Health Law in Canada 32.

Lidz, C.W. «The Weather Report Model of Informed Consent: Problems in Preserving Patient Voluntariness». (1980) 8 Bulletin of the A.A.P.L. 152.

Linden, M. et Chaskel, R. «Schizophrenic Patients in Long-term Treatment». (1981) 7 Schizophrenia Bulletin 372.

Litman, J. «A Common Law Remedy for Forcible Medication of the Institutionalized Mentally Ill». (1982) 82 Columbia Law Review 1720.

Locke, J. *An Essay Concerning Human Understanding* (1690), rpt. Everyman, 1965, volume I, 127.

Loeb, P.A. «Validity of the Community Competence Scale with the Elderly». Dans T. Grisso, *Evaluating Competencies: Forensic Assessments and Instruments* (New York: Plenum Press, 1986).

Logue, V., Durward, M., Pratt, R.T.C., Piercy, W. et Nixon, W.L.B. «The Quality of Survival After Rupture of an Anterior Cerebral Aneurysm». (1968) 114 British Journal of Psychiatry 137.

MacKay, M.J. «Financial and Personal Competence in the Elderly: The Position of the Canadian Psychiatric Association». (1989) 34 Can. J. of Psychiatry 829.

Mannheim, K. *Ideology and Utopia* (New York: Harcourt, Brace & World, 1955).

Matarazzo, J. et Herman, D.O. «Base Rate Data for the WAIS-R: Test-Retest Stability and VIQ-PIQ Differences». (1984) 6 Journal of Clinical Neuropsychology 351.

McCordic, W.O. *Health Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 1980).

McGarry, L. «Massachusetts' New Mental Health Act: Process and Performance». Dans F.J. Ayd, Jr. (ed.), *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The William and Wilkins Co., 1974).

McGough, L.S. et Carmichael II, C. «The Right to Treatment and the Right to Refuse Treatment». (1977) 47 Amer. J. Orthopsychiat. 307.

McKusick, V.A. *Mendelian Inheritance in Man*, (7e éd.), (Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1986).

McLaughlin, P. *Guardianship of the Person* (Toronto: National Institute on Mental Retardation, 1979).

McNeil, B.J., Pauker, S.G., Sox, H.C. et Tversky, A. «On the Elicitation of Preferences for Alternative Therapies». (1982) 306 New England Journal of Medicine 1259.

Manson, A. (Président) *La défense des droits des malades dans les hôpitaux psychiatriques : Évaluation des fonctions du Bureau du défenseur des droits des malades mentaux* (Toronto: Ministère de la Santé, 1987).

Meisel, A. «The Exceptions to the Informed Consent Doctrine: Striking a Balance Between Competing Values in Medical Decision Making». (1979) 2 Wisconsin L.R. 413.

Meisel, A. et Roth, L.H. «Toward an Informed Discussion of Informed Consent: A Review and Critique of the Empirical Studies». (1983) 25 Arizona L.R. 388.

Melnick, V. et Dubler, N. (eds.), *Alzheimers' Dementia: Dilemmas in Clinical Research* (Clifton: Humana Press, 1985).

Melton, G., Koocher, G. et Saks, M. (eds.), *Children's Competence to Consent* (New York: Plenum Press, 1983).

Mill, J.S. «From *On Liberty*». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Mills, J.S. «From *Utilitarianism*». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Mills, M.J. «The Rights of Involuntary Patients to Refuse Pharmacotherapy: What is Reasonable?» (1981) 8 Bulletin of the A.A.P.L. 313.

Milner, B. «Psychological Defects Produced by Temporal Lobe Extension». (1968) 36 Research Publications Association for Research in Nervous and Mental Diseases 244.

Milner, B. «Psychological Aspects of Focal Epilepsy and its Neurosurgical Management». (1975) 8 Advances in Neurology 299.

Minson, J. *Genealogies of Morals: Neitzche, Foucault, Donzelot and the Eccentricity of Ethics* (New York: St. Martin's Press, 1985).

Morris, G.H. «Dr. Szasz or Dr. Seuss: Whose Right to Refuse Mental Health Treatment». (1981) 9 The Journal of Psychiatry and Law 283.

Morrison, D. «The Right to Refuse Treatment in Quebec». (1985) 5 Health Law in Canada 65.

Morrison, D. «Consideration on Involuntary Treatment: Are There Any Questions or Criteria Upon Which Clinicians Rely to Assess Competency?» (Psychiatrist, Hôpital Notre-Dame de Montréal, 1986) (non paru).

Munetz, M.R., Lidz, C.W. et Meisel, A. «Informed Consent and Incompetent Medical Patients». (1985) 20:3 Journal of Family Practice 273.

Munetz, M.R., Roth, L.H. et Corines, C.L. «Tardive Dyskinesia and Informed Consent: Myths and Realities». (1982) 10 Bulletin of the A.A.P.L. 77.

Myers, J.E.B. «Involuntary Civil Commitment of the Mentally Ill: A System in Need of Change». (1983-84) 29 Villanova Law Review 367.

Naglierei, J.A. «Two Types of Tables for Use With the WAIS-R». (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical Psychology 319.

Nelkin, D. et Tancredi, L.R. *Dangerous Diagnostics; the Social Power of Biological Information* (New York: Basic Books, 1989).

Nelligan, J.G. «Medication and Adjudication: Extending In Re Richard Roe III to Institutionalized Psychiatric Patients». (1982) 17 New England Law Review 1029.

Newman, E. «Charter Implications for Procedures Under the Ontario Mental Health Act». (1985) 5 Health Law in Canada 60.

Nicholson, R.A. et Horn, J.M. «A Discriminant Analysis of Committed and Voluntary Psychiatric Patients». (1986) 14 The Journal of Psychiatry and Law 159.

Nolan, B.S. «Functional Evaluation of the Elderly in Guardianship Proceedings». October 1984 Law, Medicine & Health Care 210.

Northern California Neurobehavioral Group, Inc., *Manual for the Neurobehavioral Cognitive Status Exam* (1983).

Olin, G.B. et Olin, H.S. «Informed Consent in Voluntary Mental Hospital Admissions» (1975) 132 Am. J. Psychiatry 938.

Ontario Interministerial Committee on Medical Consent, *Options on Medical Consent* (Toronto: Ministère de la Santé, 1979).

Ontario, Assemblée législative, Débats 4580 (15 juin 1967).

Ontario, Assemblée législative, Débats 3638 (19 mai 1967).

Ontario, Assemblée législative, Mental Health Amendment Act dans *Hansard Official Report of Debates*, n°102, 2e session, 33e Parlement (11 février 1987) 5380.

Ontario, Assemblée législative, Mental Health Amendment Act dans *Hansard Official Report of Debates*, n°27, 3e session, 33e Parlement (15 juin 1987) 1375.

Ontario, Assemblée législative, Mental Health Amendment Act dans *Hansard Official Report of Debates*, n°35, 3e session, 33e Parlement (29 juin 1987) 1804.

Ontario, Comité permanent des affaires sociales, (28 mai 1987, après-midi).

Oriol, M.D. et Oriol, R.D. «Involuntary Commitment and the Right to Refuse Medication». (1986) 24 Journal of Psychosocial Nursing 15.

O'Sullivan, S. (Président) *Vous n'êtes pas seul - Examen des mesures d'intervention en Ontario - Rapport du Groupe d'examen des mesures d'intervention en faveur des adultes vulnérables* (Toronto: Ministère du Procureur général, 1987).

Overholser, W. «An Historical Sketch of Psychiatry». (1949) Rpt. R.C. Allen, E.Z. Ferster et J.G. Rubin, *Readings in Law and Psychiatry* (Baltimore: Johns Hopkins Press, 1968).

Palmer, A.B. et Wohl, J. «Voluntary-Admission Forms: Does the Patient Know What He's Signing?» (1972) 23 Hospital and Community Psychiatry 38.

Park, L.C., Covi, L. et Uhlenhuth, E.H. «Effects of Informed Consent on Research Patients and Study Results». (1967) 145 The Journal of Nervous and Mental Disease 349.

Parker, K. «Factor Analysis of the WAIS-R at Nine Age Levels between 16 and 74 Years». (1983) 51 Journal of Consulting and Clinical Psychology 302.

Parry, B.L. «Letters to the Editor». (1981) 138 Am J. Psychiatry 1128.

Parry, J. «Right to Refuse Psychotropic Medication». (1984) 8 MPDLR 82.

Parry, J. «Legal Parameters of Informed Consent Applied to Electroconvulsive Therapy». (1985) 9 MPDLR 162.

Parry, J. «Incompetency, Guardianship, and Restoration». Dans S.J. Brakel, J. Parry et B. Weiner (eds.), *The Mentally Disabled and the Law*, (3e éd.), (Chicago: American Bar Foundation, 1985).

Parry, J. «Youngberg and Pennhurst II Revisited - Part I». (1986) 10 MPDLR 154.

Parry, J. «Youngberg and Pennhurst II Revisited - Part II». (1986) 10 MPDLR 258.

Parry-Jones, W. *The Trade in Lunacy: A Study of Private Madhouses in England in*

the Eighteenth and Nineteenth Centuries (Londres: Routledge and Kegan Paul, 1972).

Parti progressiste conservateur de l'Ontario «Patients' Rights - Building a More Balanced System (Discussion Paper)», décembre 1986.

Pattie, A.H. et Gilleard, C.J. «A Brief Psychogeriatric Assessment Schedule - Validation Against Psychiatric Diagnosis and Discharge from Hospital». (1975) 127 British Journal of Psychiatry 489.

Pattie, A.H. et Gilleard, C.J. *Manual of the Clifton Assessment Procedures for the Elderly (CAPE)* (Essex: Chigwell Press, 1979).

Paulus, S.M. «In the Matter of Mary Heir». (1986) 1 Issues in Law and Medicine 413.

Paulus, S.M. «*Bouvia v. Superior Court*». (1986) 2 Issues in Law and Medicine 63.

Pavlo, A.M., Bursztajn, H. et Gutheil, T.G. «Christian Science and Competence to Make Treatment Choices: Clinical Challenges in Assessing Values». (non paru).

Perlin, M.L. «The Right to Refuse Treatment in New Jersey». (1976) 6 Psychiatry and Law 375.

Perlis, L. «Legal Research to Support the Children's Capacity to Consent Project». (3 octobre 1986) (non paru).

Perry, C. «A Problem with Refusing Certain Forms of Psychiatric Treatment». (1985) 20 Social Science Medicine 645.

Pettifor, J.L. «Patient Rights, Professional Ethics, and Situational Dilemmas in Mental Health Services». (1985) 33 Canada's Mental Health 20.

Piaget, J. «The Affective Unconscious and the Cognitive Unconscious». (1973) 21 Journal of the Am. Psychiatric Assoc. 249.

Pfeiffer, E. *The OARS Multidimensional Functional Assessment Questionnaire* (Durham: Duke University Centre for Aging and Human Development, 1975).

Plotkin, R. «Limiting the Therapeutic Orgy: Mental Patients' Right to Refuse Treatment». (1978) 72 Northwestern University Law Review 461.

Porter, R. *Disease, Medicine and Society in England, 1550-1860* (Basingstoke: MacMillan Education, 1987).

Porter, R. *A Social History of Madness: Stories of the Insane* (Londres: Weidenfeld and Nicolson, 1987).

Prigatano, G.P. «Wechsler Memory Scale: A Selective Review of the Literature». (1978) 34 Journal of Clinical Psychology 816.

Ramsey, P. «The Nature of Medical Ethics». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Rapp, M.S. «Informed Consent and Phobias». (1986) 135 CMAJ 435.

Rapp, M.S. «Is Psychiatry Being Harmed by Involuntary Hospitalization and Treatment?» (1987) 137 CMAJ 586.

Ratcliffe, A.F. «*In re Boyer*: Guardianship of Incapacitated Adults in Utah». (1982) 2 Utah Law Review 427.

Rawls, J. «Justice as Fairness». Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W.J. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Reisberg, B., Ferris, S.H., DeLeon, M.J. et Crook, T. «The Global Deterioration Scale for Assessment of Primary Degenerative Dementia». (1982) 139 American Journal of Psychiatry 1136.

Reiser, S.J., Dyck, A.J. et Curran, W.J. *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information (Toronto: Queen's Printer, 1980) (Commissaire: l'Honorable juge Horace Krever).

Rhoden, N.K. «The Right to Refuse Psychotropic Drugs». (1980) 15 Harvard Civil Rights - Civil Liberties Law Review 363.

Rice, M.E. et Quinsey, V.L. «Assessment and Training of Social Competence in

Dangerous Psychiatric Patients». (1980) 3 International Journal of Law and Psychiatry 371.

Robertson, G.B. «Informed Consent in Canada: An Empirical Study». (1984) 22 Osgoode Hall L.J. 139.

Robins, L.N. «Epidemiology: Reflections on Testing the Validity of Psychiatric Interviews». (1985) 42 Archives of General Psychiatry 918.

Robitscher, J. «Implementing the Rights of the Mentally Disabled: Judicial, Legislative and Psychiatric Action». Dans F.J. Ayd, Jr. (ed.), *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The William and Wilkins Co. 1974).

Rodenhauser, P. «Treatment Refusal in a Forensic Hospital: Ill-Use of the Lasting Right». (1984) 12 Bull. Am. Acad. Psychiatry Law 59.

Roesch, R., Webster, C.D. et Eaves, D. *The Fitness Interview Test: A Method For Examining Fitness to Stand Trial* (Toronto: Research Report of the Center for Criminology, Université de Toronto, 1984).

Roethlisberger, J. et Dickson, W.F. *Management and the Worker* (Cambridge: Harvard University Press, 1939).

Romano, J. «Reflections on Informed Consent». (1974) 30 Arch Gen Psychiatry 129.

Romanucci-Ross, L. et Moerman, D.E. «The Extraneous Factor in Western Medicine». (1988) 16 Ethos: The Journal of Psychological Anthropology 146.

Ross, W.D. «From "What Makes Right Acts Right?» Dans S.J. Reiser, A.J. Dyck et W. Curran (eds.), *Ethics in Medicine: Historical Perspectives and Contemporary Concerns* (Cambridge: The MIT Press, 1977).

Rossman, I. «Comprehensive Functional Assessment: A Commentary». (1983) 21 Journal of the American Geriatric Society 763.

Roth, L.H. «Competency to Consent to or Refuse Treatment». Dans L. Grinspoon (ed.) *Psychiatry, 1982: The American Psychiatric Association Annual Review* (Washington, D.C.: American Psychiatric Press, 1982).

Roth, L.H. «Is It Best to Obtain Informed Consent From Schizophrenic Patients About the Possible Risk of Drug Treatment, for Example, Tardive Dyskinesia, Before Initiating Treatment or at a Latter Date?» (1983) 3 Journal of Clinical Psychopharmacology 207.

Roth, L.H. «The Right to Refuse Psychiatric Treatment: Law and Medicine at the Interface». (1986) 35 Emory Law Journal 139.

Roth, L.H. et Appelbaum, P.S. «Obtaining Informed Consent for Research With Psychiatric Patients». (1983) 6 Psychiatric Clinics of North America 551.

Roth, L.H., Meisel, A. et Lidz, C.W. «Tests of Competency to Consent to Treatment». (1977) 134:3 Am Journal of Psychiatry 279.

Roth, L.H., Applebaum, P.S., Sallee, R., Reynolds, C.F. et Huber, G. «The Dilemma of Denial in the Assessment of Competency to Refuse Treatment». (1982) 129 Am. J. Psychiatry 910.

Rothschild, D. «Senile Psychosis and Psychosis with Arterial Sclerosis». Dans O.J. Kaplan (ed.), *Mental Disorders in Later Life* (Stanford: Stanford University Press, 1956).

Rozovsky, L.E. *Canadian Hospital Law: A Practical Guide* (Canadian Hospital Association, 1979).

Russell, E.W. «A Multiple Scoring Method for the Assessment of Complex Memory Functions». (1975) 43 Journal of Consulting and Clinical Psychology 800.

Ryan, J.J., Prifitera, A. et Powers, L. «Scoring Reliability on the WAIS-R». (1983) 51 Journal of Consulting and Clinical Psychology 149.

Sackett, P.L. et Gent, M. «Controversy in Counting and Attributing Events in Clinical Trials». (1979) 301 New England Journal of Medicine 1410.

Sacks, H.S., Berrier, J., Reitman, D., Ancona-Berk, V.A. et Chalmers, T.C. «Meta-Analysis of Randomized Controlled Trials» (1987) 316 New England Journal of Medicine 450.

Sacks, M., Carpenter, W.T. et Strauss, J.S. «Recovery From Delusions: Three Phases Documented By Patient's Interpretation of Research Procedures». (1974)

30 Arch Gen Psychiatry 117.

Sales, B.D. (ed.), *Perspectives in Law and Psychology*, volume 4, (New York: Plenum Press, 1981).

Savage, H.S. et McKague, C.A. *Mental Health Law in Canada* (Toronto: Butterworths, 1987).

Schafer, A. «Guarding the Liberty of the Aged», Toronto Globe and Mail, 5 juillet 1985, page 7.

Schalow, F. *Imagination and Existence: Heidegger's Retrieval of the Kantian Ethic* (Lanham: University Press of America, 1986).

Schmideberg, M. et Tahhourdin, B. «Treating the Troublesome». (1982) 26 International Journal of Offender Therapy 72.

Schneider, R.D. *Annotated Ontario Mental Health Statutes* (Toronto: Carswell, 1988).

Schneiderman, L.J. et Arras, J.D. «Counseling Patients to Councel Physicians on Future Care in the Event of Patient Incompetence». (1985) 102 Annals of Internal Medicine 693.

Schoeman, F. «Childhood Competence and Autonomy». (1983) 12 Journal of Legal Studies 267.

Scholat, S. «Pathway Through the Psychotropic Jungle: The Right to Refuse Psychotropic Drugs in Illinois». (1985) 18 The John Marshall Law Review 407.

Schwartz, B.M. «In the Name of Treatment: Autonomy, Civil Commitment, and the Right to Refuse Treatment». (1975) 50 Notre Dame Lawyer 808.

Schwartz, H.I. «Legal and Ethical Pitfalls in Family Practice Psychiatry». (1987) 35 American Family Physician 103.

Schwartz, S.J. et Costanzo, C.E. «Compelling Treatment in the Community: Distorted Doctrines and Violated Values». (1987) 20 Loyola of Los Angeles Law Review 1329.

Schwarz, E.D. «A Revised Checklist to Obtain Consent to Treatment With

Medication». (1980) 34 Hospital and Community Psychiatry 765.

Searight, H.R., Olver, J. et Grisso, T. «The Community Competence Scale: Preliminary Reliability and Validity». (1983) 11 American Journal of Community Psychology 609.

Segal, S.P., Watson, M.A. et Nelson, S. «Consistency in the Application of Civil Commitment Standards in Psychiatric Emergency Rooms». (1986) 14 The Journal of Psychiatry and Law 125.

Shank, S. «*Truman v. Thomas* - Informed Refusal: An Unnecessary Burden on Physicians?» (1981) 49 U.M.K.C. L.R. 365.

Shapland, J. et Williams, T. «Legalism Revisited: New Mental Health Legislation in England». (1983) 6 International Journal of Law and Psychiatry 351.

Sharpe, G.S. «Consent and Competency». (1977) 17 C.M.A.J. 11.

Sharpe, G. «Recent Canadian Court Decisions on Consent». (1977) 117 CMA Journal 1421.

Sharpe, G. «Five Recent Canadian Decisions on Informed Consent». (1981) 1 Health Law in Canada 79.

Sharpe, G. «Charter of Rights Affects Treatment of Psychiatric Patients». (1986) 63 Dimens. Health Serv. 17.

Sharpe, G. *The Law and Medicine in Canada*, (2e éd.), (Toronto: Butterworths, 1987).

Shell, D. *Protection of the Elderly: A Study of Elder Abuse* (Winnipeg: Manitoba Council on Aging, 1982).

Sherlock, R. «Competency to Consent to Medical Care: Toward a General View». (1984) 6 General Hospital Psychiatry 71.

Sherlock, R. «My Brother's Keeper? Mental Health Policy and the New Psychiatry». Dans D.K. Kentsmith, S.A. Salladay et P.A. Miya (eds.), *Ethics in Mental Health Practice* (Orlando: Grune & Stratton Inc., 1986).

Shindell, S. *The Law in Medical Practice* (University of Pittsburg Press, 1966).

Showalter, J.S. «Decisions to Forego Medical Treatment: The Preferred Medical, Ethical, and Legal Approach». (1984) 29 Catholic Lawyer 286.

Shulz, M.M. «From Informed Consent to Patient Choices: A New Protected Interest». (1985) 95 Yale Law Journal 219.

Shuman, S.I. «The Emotional, Medical and Legal Reasons for the Special Concern About Psychosurgery». Dans F.J. Ayd, Jr. (ed.), *Medical, Moral and Legal Issues in Mental Health Care* (Baltimore: The Williams and Wilkins Co., 1974).

Sider, R.C. «The Ethics of Therapeutic Modality Choice». (1984) 141 Am J Psychiatry 394.

Siegler, S. *Children's Thinking* (Englewood Cliffs: Prentice Hall, 1986).

Silben, T. «Placebo Therapy: The Ethical Dimension». (1979) 242 Journal of the American Medical Association 245.

Silberfeld, M., Harvey, W.R.C., Dickens, B.M. et Pepper-Smith, R.J. «A Competency Clinic for the Elderly at Baycrest Centre». (1989) Advocates Quarterly 23.

Silva, M.C. «Assessing Competency for Informed Consent with Mentally Retarded Minors». 10 Pediatric Nursing 261.

Silverstein, A.B. «Factor Structure of the Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised». (1982) 50 Journal of Consulting and Clinical Psychology 661.

Slovenko, R. «On the Legal Aspects of Tardive Dyskinesia». (1979) 7 The Journal of Psychiatry and Law 295.

Smith, D. «Unfinished Business With Informed Consent Procedures». (1981) 36 American Psychologist 22.

Smith, J.C. et Weisstub, D.N. *The Western Idea of Law* (Toronto: Butterworths, 1981).

Somerville, M. *Consent to Medical Care*, Protection of Life Study Paper, Law

Reform Commission of Canada (1980).

Somervile, M.A. «Legal and Ethical Aspects of Decision-Making by and for Aged Persons in the Context of Psychiatric Care». Dans D.K. Kentsmith, S.A. Salladay et P.A. Miya, (ed.), *Ethics in Mental Health Practice* (Orlando: Grune and Stratton, Inc., 1986).

Soskis, D.A. «Schizophrenic and Mental Inpatients as Informed Drug Consumers». (1978) 35 Arch Gen Psychiatry 645.

Sparr, L.F. et Roth, L.H. «Family Opposition to Psychiatric Treatment: A Medicolegal Dilemma». (1983) 11 Bulletin of the AAPL 51.

Spohn, H.E. «Informed Consent and Bias in Samples of Schizophrenic Subjects at Risk for Drug Withdrawal». (1980) 89 Journal of Abnormal Psychology 79.

Stage, G.L. «Relief For the Civilly Committed: A Constitutional Right to Treatment». (1975) 63 Kentucky Law Journal 469.

Stanley, B. et Stanley, M. «Psychiatric Patients Comprehension of Consent Information». (1987) 23 Psychopharmacology Bulletin 375.

Stanley, B., Lavtin, A., Kane, J. et Schwartz, N. «Preliminary Findings on Psychiatric Patients as Research Participants: A Population at Risk?» (1981) 138 Am J Psychiatry 669.

Stanley, B., Stein, J., Guido, L. et Transit, R.P. «Psychopharmacologic Treatment and Informed Consent: Empirical Research». (1985) 21 Psychopharmacology Bulletin 110.

Stanley, B., Stanley, M., Guido, J. et Garvin, L. «The Functional Competency of the Elderly at Risk». (1988) 28 (Suppl.) The Gerontologist 53.

Steinbrook, R. et Lo, B. «Decision Making For Incompetent Patients By Designated Proxy». (1984) 310 The New England Journal of Medicine 1598.

Stone, A.A. «The Right to Treatment and the Medical Establishment». (1974) 2 The Bulletin 159.

Stone, A.A. «Overview: The Right to Treatment - Comments on the Law and Its

Impact». (1975) 132 Am J. Psychiatry 1125.

Stone, A.A. «Judges as Medical Decision Makers: Is the Cure Worse Than the Disease?» (1984) 33 Cleveland State Law Review 579.

Stone, A.D. *Mental Health Law: A System in Transition* (National Institute on Mental Health, DHEW Publication No. (A.D.M.) 74-1976, 1975).

Stone, M.A. «The Right of the Psychiatric Patient to Refuse Treatment». (1979) 4 Journal of Psychiatry and Law 515.

Stromberg, C.D. et Stone, A.A. «A Model State Law on Civil Commitment of the Mentally Ill». (1983) 20 Harvard Journal on Legislation 275.

Sweeney, J.A., Von Bulow, B., Shear, M.K., Friedman, R. et Plowe, C. «Compliance and Outcome of Patients Accompanied by Relatives to Evaluations». (1984) 35 Hospital & Community Psychiatry 1037.

Symonds, E. «Mental Patients' Right to Refuse Drugs: Involuntary Medication as Cruel and Unusual Punishment». (1980) 7 Hastings Constitutional Law Quarterly 701.

Szasz, T. *The Myth of Mental Illness: Foundations of a Theory of Personal Conduct* (New York: Harper and Row, 1974).

Tanay, E. «The Right to Refuse Treatment and the Abolition of Involuntary Hospitalization of the Mentally Ill». (1980) 8 Bulletin of the AAPL 1.

Tancredi, L.R. «Competency for Informed Consent: Conceptual Limits of Empirical Data». (1982) 5 International Journal of Law and Psychiatry 51.

Tancredi, L.R. (ed.) *Ethical Issues in Epidemiologic Research*, volume 7, (New Jersey: Rutgers University Press, 1986).

Tancredi, L.R. «The Mental Status Examination». (1987) 11 Generations 14.

Tancredi, L.R. «Ideology and Power: A Critique of Empirical Research in Law and Psychiatry». Dans B. Stanley, J. Sieber et G. Melton (eds.), *Psychology and Research Ethics* (Lincoln: University of Nebraska Press, en impression).

Tancredi, L.R. et Weisstub, D.N. «The Ideology of Epidemiological Discourse in Law and Psychiatry: Ethical Implications». Dans L.R. Tancredi (ed.) *Ethical Issues in Epidemiologic Research*, volume 7, (New Brunswick: Rutgers University Press, 1986).

Tancredi, L.R. et Weisstub, D.N. «Malpractice in American Psychiatry: Toward a Restructuring of the Psychiatrist - Patient Relationship». Dans D.N. Weisstub (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives*, volume 2, (New York: Permagon Press, 1986).

Taub, H.A., Kline, G.E. et Baker, M.T. «The Elderly and Informed Consent: Effects of Vocabulary Level and Corrected Feedback». (1981) 7 Experimental Aging Research 137.

Taub, H.A. et Baker, M.T. «A Reevaluation of Informed Consent in the Elderly: A Method of Improving Comprehension Through Direct Testing». (1983) Clinical Psychology 17.

Taub, H.A. et Baker, M.T. «The Effect of Repeated Testing Upon Comprehension of Informed Consent Materials by Elderly Volunteers». (1983) 9 Experimental Aging Research 135.

Teff, H. «Consent to Medical Procedures: Paternalism, Self-Determination or Therapeutic Alliance?» (1985) 101 L.Q. Rev. 432.

Temple, K. «The Right to Refuse Treatment». (1986) 14 The Journal of Psychiatry and Law 375.

Thompson, J.B. *Studies in the Theory of Ideology* (Berkeley: University of California Press, 1984).

Tieger, A.W. et Kresser, M.A. «Civil Commitment in California: A Defense Perspective on the Operation of the Lanterman-Petris-Short Act». (1977) 28 The Hastings Law Journal 1407.

Tomashefsky, S. «Antipsychotic Drugs and Fitness to Stand Trial: The Right of the Unfit Accused to Refuse Treatment». (1985) 52 U. Chicago L.R. 773.

Tversky, A. et Kahneman, D. «The Framing of Decisions and the Psychology of Choice». (1981) 211 Science 453.

U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Mapping Our Genes*, (Washington D.C.: USGPO, 1988). (Appelé «OTA Report»).

Van Duizend, R., McGraw, B.D. et Keilitz, I. «An Overview of State Involuntary Civil Commitment Statutes». (1984) 8 Mental and Physical Disability Law Reporter 328.

Van Putten, T. «Why Do Schizophrenic Patients Refuse to Take Their Drugs?» (1974) 31 Arch Gen Psychiatry 67.

Van Putten, T., May, P.R.A. et Marder, S.R. «Response to Antipsychotic Medication: The Doctor's and the Consumer's View». (1984) 141 Am J Psychiatry 16.

Vaux, K. (ed.), *Powers That Make Us Human: The Foundations of Medical Ethics* (Chicago: University of Illinois Press, 1985).

Veliz, J. et James, W.S. «Medicine Court: Rogers in Practice». (1987) 144 Am J Psychiatry 62.

Verdun-Jones, S.N. «The Dawn of a "New Legalism" in Australia? The New South Wales Mental Health Act, 1983 and Related Legislation». (1986) 8 International Journal of Law and Psychiatry 95.

Vernon, D.T. et Bigelow, D.A. «Effect of Information about a Potentially Stressful Situation on Responses to Stress Impact». (1974) 29 Journal of Personality and Social Psychology 50.

Vickerman, L. «Involuntary Medication: Your Patient Advocacy Role is on the Line». (1981) (1-3) Health Law in Canada 32.

Volkow, N.D. et Trancredi, L.R. «Positron Emission Tomography: A Technology Assessment». (1986) 2 International Journal of Technology Assessment and Health Care 577.

Waddams, S.M. *The Law of Contracts*, (2e éd.), (Toronto: Canada Law Book, 1984).

Wald, M.S. «Legal Policies affecting Children: A Lawyer's Request for Aid». (1976) 47 Child Development 1.

Wang, P.L. et Ennis, K.E. «Competency Assessment in Clinical Populations: An Introduction to the Cognitive Competency Test». Dans B.P. Uzzell et Y. Gross (eds.), *Clinical Neuropsychology of Intervention* (Boston: Martinus Nijhoff Publishing, 1986).

Wang, P.L. Ennis, K.E. et Copland, S.L. *CCT: Cognitive Competency Test Manual* (Toronto: Mt. Sinai Hospital, 1986).

Warren, D.G. «Patient Medical Information and Records in the United States: Disclosure and Access». (1981) 2 Health Law in Canada 38.

Watson, A.S. «Comment». (1984) 141 Am. J. Psychiatry 58.

Wechsler, D. *WAIS Manual: Wechsler Adult Intelligence Scale* (New York: The Psychological Corporation, 1955).

Wechsler, D. *WAIS-R Manual: Wechsler Adult Intelligence Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1981).

Wechsler, D. *WMS-R: Wechsler Memory Scale - Revised Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1987).

Wechsler, D. et Stone, C.P. *Wechsler Memory Manual* (New York: The Psychological Corporation, 1945).

Weidert, D.M. «Constitutional Rights of the Involuntarily Committed Mentally Retarded After *Youngberg v. Romeo*». (1983) 14 St. Mary's Law Journal 1113.

Weissman, M., Myers, J.K., Tischler, G.L., Holzer, C.E., Leaf, P.J., Orvaschel, H. et Brody, J.A. «Psychiatric Disorders (DSM-III) and Cognitive Impairment Among the Elderly in a U.S. Urban Community». (1985) 71 Acta Psychiatria Scandinavica 366.

Weinstock, R., Copelan, R. et Bagheri, A. «Competence to Give Informed Consent for Medical Procedures». (1984) 12 Am. Acad. of Psychiatry and the Law Bulletin 117.

Weisbard, A.J. «Informed Consent: The Law's Uneasy Compromise With Ethical Theory». (1986) 65 Nebraska L. Rev. 749.

Weisstub, D.N. (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives, Volume 1* (New York: Permagon Press, 1984).

Weisstub, D.N. (ed.), *Law and Mental Health: International Perspectives, Volume 2* (New York: Permagon Press, 1986).

Weisstub, D.N. (éd.), *Law and Mental Health: International Perspectives, Volume 3* (New York: Permagon Press, 1987).

Weithorn, L. «Children's Capacities for Participation in Treatment Decision-Making». Dans D.H. Schetky et E.P. Benedek (eds.), *Emerging Issues in Child Psychiatry and Law* (New York: Brunner/Mazel, 1985).

Weithorn, L. «Developmental Factors and competence to make Informed Treatment Decisions». (1982) 5 Child and Youth Services 85.

Weithorn, L. «Involving Children in Decisions Affecting their Own Welfare: Guidelines for Professionals». Dans G.B. Melton, G.P. Koocher et M.J. Saks (eds.), *Children's Competence to Consent* (New York: Plenum Press, 1983).

Weithorn, L. «Mental Hospitalization of Troublesome Youth: An Analysis of Skyrocketing Admission Rates». (1988) 40 Standford Law Review 773.

Weithorn, L. et Campbell, S. «The Competency of Children and Adolescents to make Informed Treatment Decisions». (1982) 53 Child Development 1589.

Welch D.D. *Law and Morality* (Philadelphia: Fortress Press, 1987).

Wellsch, T. «The Right of the Civilly Committed Mental Patient to Refuse Treatment». (1983) 48 Sask. L.R. 269.

Weststein, R.M. «Tardive Dyskinesia and Malpractice». (1983) 1 Behavioral Sciences and the Law 85.

Westover, G.L. «Casenote: *In Re Hays*: Zealous Protection of the Voluntary Patient's Right to Request Discharge Prior to Involuntary Commitment». (1985) 18 John Marshall Law Review 751.

Wexler, D.M. *Mental Health Law Major Issues* (New York: Plenum Press, 1981).

Williams, M. et Williams, T. «Evaluation of Older Persons in the Ambulatory Setting». (1986) 34 Journal of the American Geriatric Society 37.

Williams, R.L., Rieckmann, K.H., Trenholme, G.M., Frischer, H. et Carson, P.E. «The Use of a Test to Determine That Consent is Informed». (1977) 142 Military Medicine 542.

Wilson, B., Cockburn, J. et Baddeley, A. *The Rivermead Behavioral Memory Test Manual* (Reading: Thames Valley Test Company, 1985).

Wilson, J. et Tomlinson, M. *Children and the Law*, (2e éd.), (Toronto: Butterworths, 1985).

Winschel, E. «The First Amendment Right to Freedom of Throught as Applied to Involuntarily Committed Mental Patient's Right to Refuse Drugs». (1982) 26 Saint Louis Law Journal 273.

Winslade, W.J., Liston, E.H., Wilson Ross, J. et Weber, K.D. «Medical, Judicial, and Statutory Regulation of ECT in the United States». (1984) 141 Am J Psychiatry 1349.

Wolff, M. «Determination of Mental Status in an Ambulatory Geriatric Population». (1984) 32 Journal of the American Geriatric Society 245.

Wright, T.E. «A Minor's Right to Consent to Medical Care». (1982) 25 Howard L.J. 525.

Zajc, M. «The Right to Refuse Antipsychotic Medication: Who Decides?» (1987) 6 Med Law 45.

Zeichner, B. «The Role of Unconscious Conflict in Informed Consent». (1985) 12 Bull. Am. Acad. Psychiatry Law 283.

Zito, J.M., Lentz, S.L., Routt, W.W. et Olson, G.W. «The Treatment Review Panel: A Solution to Treatment Refusal?» (1984) 12 Bull. Am Acad Psychiatry Law 349.

Zito, J.M. Routt, W.W., Mitchell, J.E. et Roerig, J.L. «Clinical Characteristics of Hospitalized Psychotic Patients who Refuse Antipsychotic Drug Therapy». (1985) 142 Am. J. Psychiatry 822.

Zlotnick, D. «The First to do Harm: Least Restrictive Alternative Analysis and the Right of Mental Patients to Refuse Treatment». (1981) 83 West Virginia Law Review 375.

Zwerdling, Z.E. «Informed Consent and the Mental Patient: California Recognizes a Mental Patient's Right to Refuse Psychosurgery and Shock Treatment». (1975) 15 Santa Clara Lawyer 725.